

長期間（継続的）債権（契約）関係論の過去・現在・将来

橋 本 恭 宏☆

Long - Term Contract Relations : History, Doctrines and Future Development

Yasuhiro Hashimoto

本稿においては、いわゆる継続的契約関係に関する学問史を述べようとするものである。筆者は、従来よりこのテーマについて、これにまつわる問題を検討してきた*1。

以上をふまえて、このテーマについての一定の総括をそろそろしなければならないと考えたが、まだまだ充分な検討をするに至っていない。

そこで、総括の前提として、このテーマをめぐる何が問題の発端とされ、どのような問題について研究がなされ、いかなる成果が示されてきたのかについて、いわゆる「学説史」、「学問史」的手法により、明らかにしたい。

以下、継続的債権（契約）概念、継続的債権関係の履行障害とその解決方法について述べようとするものである。なお、契約改定（修正）の議論は別稿で述べているのでここでは扱っていない。

第1章 継続的債権（契約）概念の展開

1. はじめに

継続的債権関係の概念を定義することは少々困難である。なぜなら、この概念は、論者により、本来の意味での継続的債権関係（Dauerschuldverhältnis）から、逐次供給契約（Sukzessivlieferungsvertrag）、反復的（回帰的）債権関係（Wiederkehrschuldverhältnis）まで含むものとして把握したり、継続的債権関係（Dauerschuldverhältnis）のみを指すものとしたりしているからである。しかも、それら概念の境界も必ずしも明らかとはいえない*2。

さらに、今日、新たな検討課題である「現代型複合的長期間契約」類型といえる、ファイナンス契約、リース契約、フランチャイズ契約、特約店契約、オイル供給契約などは、契約の構造が複合化し重畳化しているため、これらをこの概念に含むものとして把握するべきかも問題となる*3。ここに『継続的債権（契約）関係』の概念の沿革とその発展を見ておく必要がある。なぜならば、多くの論者が、以上紹

☆明治大学短期大学教授

介してきた契約類型を、特に断らない限り、継続的債権概念の中で理解しようとしてきているからである。また、この概念の果たしてきた機能はそもそも何であったかということも未だ不透明と思われること、そして、この概念の有用性の有無の問題もいまだ未解明であるからである。特に、ドイツにおいては、後述するように、この概念の見直しが行われてきていることともあいまって、このあたりで、一度、そうした議論の発展を整理する必要があるだろう。そうしたことから、この概念の淵源である、ドイツならびに、わが国における、いわゆる『継続的債権関係論』についての議論をながめつつ、総括をしてみたい^{*4}。

注

- *1 本稿の注に掲載した拙稿を参考にしていただければ幸いである。なお、私法学会での報告が一つの到達点と考えていたが、その後、「契約修正論」、「複合契約論」等の検討課題が生じ、今日に至っている。
- *2 また、割賦的給付または一部履行の概念の境界もまた統一されたものもなく、個々の問題を個別に解決してきたにすぎない。
- *3 その内容の子細にみると、履行が複合化したり、重量化していることから、従来の民法学の枠内で、これらを正しく把握できるのかも大きな課題である。
- *4 1990年頃までの橋本の研究については、拙稿「継続的契約・継続的債権関係という概念は、有用ないし必要か」『講座／現代契約と現代債権の展望』（1990）55頁以下を参照していただければ幸いである。

2. ドイツにおける学説と判例理論の展開

ドイツ民法は、そもそも、この継続的債権関係の観念を知らなかった^{*5}。しかしながら、債権契約の一連として、後述するように、この概念の有用性をいち早く取り入れた^{*6}。

特に、この継続的債権関係は、法的に作り上げられた雇用契約、賃貸借契約のような本来の継続的債権関係との間にも相違があることから注目された。また、その問題はいわゆる「時と債権関係」という大きなテーマにおいてであり^{*7}、さらに、法律行為の効果としての「無効」概念の見直しにあった。「無効」は、法的に効果を一切生じないことであり、はたして、雇用契約や賃貸借契約のような継続した債権関係において生ずる履行障害の効果として「無効」という効果による「解決」が妥当か否かが問題となったのである。後述するように、バイツケは、無効による遡及的消滅がもたらす結果につき、結局、問題を解決できない錯綜に導くこと、特に継続的債権関係においては第三者の地位を脅かすことになることをあげ、そうした解決の問題性を指摘している^{*8}。後に述べるようにこの種の債権関係の履行障害に関する法的効果としての「契約修正」権（そうした効果を付与することの可否はあるが）に至る学説（理論）の流れも、継続的債権関係概念を立てたことの淵源ならびに、この「法律効果」の見直しの観点から考えると、まさに的を得ていたことが指摘できるといえないだろうか。

2.1. 継続的債権関係の樹立者“オットー・フォン・ギールケ”

通常、わが国においては、この観念の樹立者としてギールケがあげられる。ドイツにおける議論、ドイツ民法典成立前後を通じて、ギールケ以外にこの観念の機能について体系的かつ明確に論じたものはないとされている^{*9}。

ギールケは、「変更不可能な永久の債務の引受けは、信義の今日の解釈より抗議されている」として「時と債権関係」について問題性を的確に述べる^{*10}。

ギールケはこの概念を、一時的債権関係と対比して述べる^{*11}。

(1) 債務の内容たる給付が、ある時点において (in einem Zeitpunkte) 実現されるべきか、または、ある期間を通して (während eines Zeitraums) 実現されるべきかを基準とすると、給付がある一定の時点 (Zeitpunkt) に行われる場合を一時的債権関係といい、ある期間 (Zeitraum) 内において継続的に実現がなされることを予定しているときを継続的債権関係という。

(2) 債務の消滅原因の基準を、債務者の履行行為そのものであるか、または期間の経過 (Zeitablauf) であるかとの視点から、債務者の履行行為そのものである場合を一時的債権関係、期間の経過の場合、継続的債権関係という。したがって、前者においてはその履行のなされた瞬間に債権は満足されるが、後者においては債務はその期間中継続的に履行され、そして、履行行為そのものでなしに、期間の経過により債権関係は消滅する点に特色がある。

(3) 継続的債権関係にあつては、具体的に派生する個別的請求権 (Einzelanspruch) のほかに、いわばその源泉ともいふべき基本権として、別に統一的な総合的請求権 (einheitlicher Gesamtanspruch) が存在する。

そして、特に、

(4) 継続的債権関係においては、遡及的な効力を有する一般の解除 (Rücktritt) とは異なり、単に将来に向つてのみ効力を有する、いわゆる解約告知権 (Kündigungs-recht) が機能する、という。

以上のギールケの見解は、結局、契約解消 (終了) における「告知」の基礎を提供することが主であったように思われる。

2.2. Beitzke (バイツケ) による継続的法律関係と無効・取消

バイツケは、労働法関係を研究する過程において、継続的法律関係においては給付がなされた後、もはや、遡及的に元に戻すことは不可能であるとの認識^{*12}を前提に、「遡及的効力の未解決の問題」をテーマとした。

さらに、バイツケは継続的法律関係に見られる人格的共同体理論に批判し、単純な債権関係特別する必要性を是認できないとする^{*13}。継続的法律関係が、遡及的に消滅することは、フィクションであり、いったん成立した生活関係の遡及的消滅は不可能であるから、これらの問題の解決は「不当利得」法により利得の調節でなされたとした^{*14}。

2.3. 継続的債権関係とその類似概念との異同

ギールケの問題提起を受け以後、継続的債権関係の概念につき理論展開がなされてきた。

多くの論者は以下のような4つのメルクマールを掲げる^{*15}。

- (1) 1つの統一された契約であること、
 - (2) 一定または不定の時に完結されていること、
 - (3) 継続した作為、不作為が持続することがその債権関係に合っていること、
 - (4) 時の流れにおいて、常に、再び、新しい権利と義務が、当事者に生ずること、
- とするものである。

他方、ドイツでは、継続的契約関係概念との異同につき以下のものが問題として取り上げられてきた。

2.3.1 反復的（回帰的）債権関係との異同

ドイツ法において、反復的（回帰的）債権関係についてのメルクマールは以下のようなものとされている。

- (1) 当事者において、業務上の枠関係において生ずる、
 - (2) 繰り返しなされる契約の締結は、継続的債権関係の種類の特徴的性格ではない、
 - (3) 一つの枠または基本契約が締結されること、
 - (4) 明示もしくは黙示で供給時期、供給量の連続した契約締結の更新がなされていること、
 - (5) 相互の契約当事者に拘束のないこと、
- である。

以上の前提には、例えば、ある商品の供給の協定に該当し、相互の供給は、枠契約（Rahmenvertrag）の効果によるべきなのではなく、商品の納入請求の再度の契約の締結によるとする。

以上のように、この債権関係は、統一した契約関係ではないという点に特徴がある^{*16}。すなわち、一方当事者は、原則として、他方当事者に対して、商品の納入請求についての義務を生ずるものではなく、この契約関係よりさらなる負担を負うものでもない。

それ故、枠契約は、即座の効果または、少なくとも、適切な期間の後、終了させるものである。そして、一方当事者は、ドイツ民法242条によってのみ、義務づけられる、とする。

判例には^{*17}、営業主と自己商との関係を自己商契約（＝後述する枠契約）と売買契約が分割された実行「単独購入契約」が成就されたものであるとしたものもある。

2.3.2 逐次供給契約との異同

ここで対象とする逐次供給契約は、水、電気の供給の契約のようなものを想定している。

そして、逐次供給契約は、明確性を欠いた連続し、分割された供給契約を排除するものをいうとされる。

ところで、ここで対象とする逐次供給契約は、以下のような前提をもっている。

- (1) 確定期限付、または不確定期限の一樣の契約により直接供給される^{*18}。
- (2) 契約当事者相互に契約関係についての拘束を有している^{*19}。
- (3) 各期の給付の割合の範囲と支払いが最初から固定することができるか、または、需要者の需要に応じて供給がなされる。

(4) 当事者の観念の限りでは、当初から、数量的な部分を明確に固定された供給が欠けている。

2.3.3 総括契約・枠契約 (Rahmenvertrag) との異同

総括契約・枠契約とは、予め個々の契約の締結を予定して結ばれる枠組の総括的契約をいう。予約と似ているが、当事者に締結義務が認められない点で異なる。しかし、締結義務がある場合には同時に予約でもあることになるかと解される。

総括契約・枠契約の内容を、当事者間、第三者間で見ると、

当事者間では、契約枠条件がその下に結ばれる個々の契約につき拘束力をもち、この条件を一方的に脱するには、継続契約の重要な事由による解約を要する。また、第三者間、あるいは第三者間の将来の契約についても取り決めている場合は、第三者が明示・黙示に承認した約款、第三者に有利な約款（第三者のためにする契約の法理により）のみが拘束力をもつと解せられている。

では、普通取引約款とどう異なるのか。確かに、総括契約・枠契約は「普通取引約款」と類似するが、後者が単に後の契約（個別契約）の際にそれに従うべきことを指示するにすぎないのに反し、契約としての拘束力をもつ点が異なるとされている^{*20}。

さらに、この種の契約の拘束力の根源についても、相違する。

すなわち、枠契約は、契約意思に基づき拘束するが、労働協約や就業規則においては、国家の法律により個々の契約につき拘束力が認められる点において異なると解される^{*21}。

枠契約ないし総括契約が以上のようなものであるとすると、この種の契約は、長期間契約における「基本契約」とも類似する。しかし、基本契約が、必ずしも、この契約枠条件がその下に結ばれる個々の契約につき拘束力をもつとは言えず、この条件を一方的に脱するに、継続契約の重要な事由による解約までを要するとは言えない。なお、この種の基本契約に、拘束力が認められる場合、いわゆる「枠契約」ととらえたとしてもかまわない。

2.4. 近時における理論的展開

その後の理論的發展は、以上の類似した契約概念と、継続的供給契約や回帰的給付関係との相違点はどこにあるのか^{*22}、ならびに、それらをこの概念に含ませめるのか否かといった議論がなされた。近時のドイツにおける代表的見解をみると、フィケンチャー^{*23}や、エッサー^{*24}は《給付自体が長期間継続する様子を、継続的債権関係と呼ぶ》とされたり、ラーレンツ^{*25}は従来の見解を改め、《債権関係の完了が一回の給付に尽きるのではなく、長期間要する債権関係をいう》とされる。

また、近時の代表的見解であるホルン教授の見解は以下の考え方を前提としている。すなわち、

- (1) 継続的債権関係をめぐる問題を、一時的債権関係と区別するこうした観念を民法典が知らなかった。
- (2) 一時的債権関係と継続的債権関係の区別を当然と認めつつ、新たに、長期契約 (langfristiger Verträge) という概念をたて、その中に継続的債権関係とその他の長期契約を置く。
- (3) 以上という『長期間契約』とは、給付の確定の時点から給付の提供の時点までに期間が長期存在

するすべての契約をいう。

以上のホルンの見解について、ニックリシュ^{*26}は、まず、(1)につき、

長期間契約の対象は、一回的な即時の給付交換ではないとされる。この点は次に述べる狭義の長期間契約の場合に特に問題となるが、その類型においても給付交換は契約締結後、即時にされないとの特色を持つ。特に、現行民法中における契約法の規定は、一回的、かつ即時の給付交換を典型的契約として立てているからであるという。

(2)について、ホルンによれば、継続的債権関係においては、契約上の給付が一定期間又は無期限に、絶え間なくなされるべきで、その結果時間の経過に伴い常に新たな給付義務が生じ、個々の履行行為は債権関係が存続する限り債務を全部は弁済しない。例えば、ドイツでは、雇用契約、労働契約、使用賃貸借、用益賃貸借、組合契約、寄託、使用賃貸借、消費貸借等がこれに当てはまる。また、継続的供給契約は継続的債権関係の下位概念である。これらの契約においては時的要因が給付自体の基礎的要素である。更に、絶え間ない義務緊張及びそれに基づく人的信頼関係がこれらの契約における特徴として指摘されている。そしてこのような要素の有無を判断する場合には、法律上の契約類型（売買、委任等）を余り重視せずに、むしろ、「銀行取引（Bankverbindung）」「継続的供給契約」、「顧問関係」等の生活上の形態を重視すべきであるといわれている^{*27}。

さらに、狭義の長期間契約においては、契約締結と給付調達との間に比較的長期の期間が存する。しかし、時的要因は給付の基礎的要素ではなく、給付は、場合によっては複数の時点に分けてなされるべきものとされるけれども、原則として一時になされるべきである。履行までに時間を要する理由は、例えば、計画、製造及び供給のために時間が必要なことである。工作物契約、複雑な技術的設備の供給、原材料、エネルギー、商品を大量に供給する場合等がその例である。更に、分割供給契約、分割払契約、及び、枠契約、回帰的債権関係がこの類型に属するという^{*28}。

2.5. ドイツにおける裁判例における継続的債権概念の発展

まず、「継続的（dauernden）性格のため、1つの状態としてそれ自体を把握すべきである」と判示した^{*29}。その後、「長期に算定する契約、つまり、長期間であることが、利益に結びつけられて算定される」とした^{*30}。さらに、「長期間契約の法概念として抽出」できるとし^{*31}、「法的継続的關係として、完全なものとする」との判断を示すにいたった^{*32}。

また1933,4,26 RGZ140,264（275）は、「必要な信用が消滅したり、ひどく不安定になったり、契約目的の有益な追求が全く不可能と思われ、そして、その一部分の続行ももはや無理なことを要求することになると思われる場合、理性に従って、継続的債権関係として解決しなければならない」との判断を示している。

こうした流れにより、継続的債権関係の概念は、その有用性がどこにあるかというより、こうした債権関係をとらえるものとして定着していったものといえる。

注

- *5 Beitzke, Guenter, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, S.4 (1948); Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, S.42, Geruhuber, Schuldverhaeltnis, S.377, Horn, Gutachten Bd. I, S.551 (557).
- *6 Oetker (Hartmut), Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung (1994).134ff, Gernhuber, Das Schuldverhältnis (Handbuch des Schuldrechts) S.377ff., Horn, Gutachten Bd I, S.551f (561)., Wiese, Festschrift fuer Nipperdey Bd. I, S.837 (846)., Buss, Nichtigkeitsbeschränkung, S.11f.,
- *7 最近の文献は網羅的ではないが, Klass, Dauerrechtsverhältnisse im immer raschren Wandel der Zeit, AnwBl 1986, S.213ff, Christodoulou, Vom Zeit element im Schuldrecht (1968)がある。
- *8 Beitzke, Guenter, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, 1948, その後, 「無効」を問題とした文献としては, Freiburger, Die Nichtigkeit, die Anfechtung und Umgestaltung von Dauerschuldverhältnissen, 1948., Buss, Nichtigkeitbeschränkung bei Dauerschuldverhältnissen, 1953, がある。なお, 下井隆史「いわゆる「継続的法律関係」の無効・取消について」熊本商大論集 8 号95頁以下に Beitzke の理論が紹介されている。また, Heinz Hübauer, Allgemeiner Teil des BGB., 2Aufl, 392ff.
- *9 Oetker., a.a.O., 134ff.
- *10 v.Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd III, München 1917, S.582 Fn.73.
- *11 Otto von Gierke, Dauernde Schuldverhältnisse, Jhering Jb64 (1914) 355ff.
なお, 拙稿前掲参照, 田中実「継続的債権関係」民事法学辞典(上)改訂増補版(1964)443頁以下。
- *12 Beitzke, a.a.O., S.7ff.
- *13 Beitzke, a.a.O., S.9ff.
- *14 下井・前掲112頁以下参照。
- *15 Michalski (Lutz), Zur Rechtsnatur des Dauerschuldverhältnisse, JA 1979, S.401ff (402).
- *16 Larenz, I § 2VI, S.28.
- *17 NJW1958, 1138; JR1972.332, 333.
- *18 RGZ 148, 326, 331参照。
- *19 RGZ 148, 326, 330, Fikentscher 8 - 7 c.
- *20 RGZ 148, 326, 330.
- *21 Fikentscher, Das Schuldrecht, 7 Aufl., S.83.
- *22 西沢修「継続的供給契約」民事法学辞典(上)改訂増補版(1964)442頁以下参照。
- *23 Fikencher, Schuldrecht, 7.Aufl. S.30-33.
- *24 Esser, Schuldrecht, Bd.I, 4. Aufl. S.135-136.
- *25 Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, I Bd.10.Aufl. S.25ff.
- *26 F.Nicklisch, Der komplexe Langzeitvertrag S.17.
- *27 Horn, a.a.O., S.561.
- *28 Horn, a.a.O., S.562, その後の展開としては, Hertmut Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994, S.66ff.
- *29 1880.12.7RGZ 3,179, 1885.11.13RGZ 15,377 (379), 1891.6.8RGZ 27,429 (430).
- *30 1903.3.6 RGZ 54,98 (102), 1903.3.6 RGZ 54,98 (102), 1903.3.6 RGZ 54,98 (102).
- *31 1912.4.24., RGZ 65,37.
- *32 1927.1.28 RGZ 116,71 (74).

3. わが国における長期間（継続的）契約関係論

わが国における継続的債権関係に関する概念は、平野義太郎博士によるギールケの継続的契約関係論の紹介から始まる^{*33}。

わが国における見解を区分すると、(1)ギールケの立てた観念をおおむね承認するもの、(2)ギールケの観念を否定し別な観念を提起するもの、(3)こうした観念の提起に消極的なもの、に区分される。

具体的には、田中実教授による消極説（単なる概念的定型たるに止まるべきで、それ以上の実質的意義を有すべきでない）を一方の極として、おおむね、ギールケの理論を承認する《平野義太郎博士、西村信雄博士》。別種の観念をたてるものも《(石田文次郎博士の「交換的機能の債権契約」と「支配的機能の債権契約、戒能通孝博士（継続的契約関係と交換型契約関係）、後藤清博士の「状態的法律関係論」》、なんらかの形で、継続した債権関係と一時的債権関係を区分する。

3.1. 近時における議論

3.1.1 中田教授の見解

中田裕康教授は^{*34}、継続的売買を対象としつつ、従来「売買契約に関する従来の民法学の議論は、個別的な売買を中心に論じてきており、継続的な売買は必ずしも十分に解明されていない。しかし、現実の社会にあっては、企業間取引はもとより、個人の行う取引においても、同じ相手との間で売買が繰り返されることはむしろごく一般的なことである」とし、その解消をめぐる紛争も少なくなき、従って、今日、この問題を検討する意味はあるとの認識にたたれる。そして、問題を複雑にしている背景にある要因として、第1に、当事者の立場、取引状況、目的物、契約形態等によって様々の実態の多様性の存在、第2に、紛争の多様性、第3に、用語の多義性、第四として、継続的売買の固定化を促す諸理念と解消の自由を支える諸理念の交錯、そして、第五に、継続的売買という事象のうちのあるものを、包括的な一つの契約として処理するというとはどういう意味をもつのか、をあげられる。そして、継続的売買の構造に関する中田教授のイメージとして、当事者の最初の接触から、徐々に話が煮詰まっていくという過程で、上向きのカーブ（ないし階段状の線）を描き、契約書を取り交わした時点で最高水準に達し、履行中はそれが保たれ、契約終了時点以降急速に下方に向かう、という図式をイメージされる。そして、継続的売買の観念について、契約の成否にかかわらず、また、売主の供給義務や買主の買受義務などの存否を問わず、特定の当事者間で売買が継続的になされ、あるいはなされようとしている場合を、広く継続的売買と呼ぶ。次に、継続的売買のうち、「契約」として評価され構成されたものを継続的売買契約と呼ぶとされる^{*35}。さらに、行澤氏は、「このような民法講学上展開されてきた「継続的債権関係」という観念とは一応別に、専ら現代の高度に組織化された取引関係を念頭において「継続的取引関係」という用語法を採用することとする。継続的取引「契約」という用語法を敢えて避けるのは、当該取引関係が当事者間の合意によって当然に法的拘束力を有するとは考えられない場合であっても、本稿ではこれをも含めて考察の対象としようと思うからである。」とする^{*36}。また、「継続的取引関係」という用語法を採用され、「継続的取引関係」を「継続的取引契約」と「事実上の継続的取引関係」に

区分し、これを、「特定の当事者間において、一定期間又は不定期間内に反復して一定種類の契約を締結する取引関係」とか、「特定の当事者間において一定期間又は不定期間内に反復して締結される一定種類の契約（個別契約）を包括して規定する基本契約」として規定される「継続的取引契約」をも含む広い概念として把握し^{*37}、継続的取引契約の態様として、①継続的取引契約、②継続的委託販売取引契約、③継続的製作物供給取引契約、④継続的委託加工取引契約、⑤継続的諾負取引契約、⑥継続的金融取引契約、⑦その他に分類するものがある^{*38}

3.1.2 私見

筆者は^{*39}、従来の「継続的債権関係」に関する議論は、主に賃貸借・雇用・組合契約等の典型契約を中心として展開され、その広がりとしては、せいぜい電気・ガス・水道等の逐次の給付を内容とする継続的供給契約がそこに含まれるかどうかという議論が、主に「告知」の基礎を提供するという観点からなされてきたに過ぎない。ところが、今日、判例・学説上「継続的」契約（債権）関係として議論されてきている代理店契約やフランチャイズ契約を中心とする現代型の契約類型は、そのユニークな契約講造の点において、必ずしも従来の「継続的契約（債権）関係」理論の枠組にははまり切らないのではない。もし、敢えてこのような現代型の契約類型を「継続的債権関係」の観念において理解しようとするれば、「かえて、継続的債権関係の観念を一層不透明にさせる一因とも」なり、あるいは「その観念の指標を失」うことになる」と主張した。

以上に対し、別の視点から以下のような考え方が提唱されるに至っている。

3.1.3 内田教授の見解

内田教授は、「以上の契約観念は、ある成果、具体的には契約上の利益を自分のために実現するんだというような成果を指向した戦略的な行為の出発点として、この契約規範を見ようという考え方、すなわち、当事者の間には、こういう権利義務の関係があると静的にとらえ、義務の履行がなければ、強制的に履行させられる。つまり、契約関係による法律関係を、当事者の間にどういう主たる給付義務が、また付従的な給付義務が生ずるものかとして固定的にとらえていたとする。その際、考慮されるのは、契約の成立時点、有効・無効、本旨に沿った履行があったか否かというような枠組みをたてる。このような契約理解にかかわりましては、契約紛争をめぐる当事者間の交渉自体、そもそも契約関係自体を当事者間のコミュニケーション的行為としてとらえようとするものである。そして、紛争が起こった場合、裁判所に、契約上保証される利益の実現に図ってもらおうとするものであるとの理解にたつものである」とする。

内田理論は、最近の新しい契約関係についての見方として、当事者関係についてのもう少し穏やかな見方を採用するとする。すなわち、お互いが好ましい対話状況の中で議論を尽くし、お互いが納得いく契約関係の展開を、その成就を図っていくという見方である。契約は細かいことは決めず、契約上の規範というものは手直し可能なものとして両当事者は考え、できるだけ誠実に話し合って問題を解決す

る義務を指定する*40。

それは、契約関係を主たる給付義務が履行されているかどうかという責任規範的にのみとらえるわけではなく、お互いが納得いく契約関係を新たに構築し、契約当事者の話し合いということを前提として、さらによい合意による契約規範関係の継続的な形成というような観点から契約関係を見る考え方、そして、その法的根拠としては、信義則を活用するとする*41。

注

*33 拙稿「継続的契約・継続的債権関係という観念は、有用ないし必要か」『講座／現代契約と現代債権の展望』（1990）55頁以下参照。

*34 中田裕康『継続的売買の解消』（1994）1頁-4頁〔初出、法学協会雑誌108巻3号、4号、7号、11号、12号（以上1991）、109巻1号（1992）〕。

*35 中田前掲8頁。

*36 行澤一人「継続的取引関係の終了に関する法的考察（一）」神戸法学41巻1号172頁、なお、同(2)41巻2号527頁、同(3)41巻3号809頁、同(四)42巻1号183頁以下。

*37 荒木新五「継続的取引関係の態様とその解消（一）」債権管理27号12頁以下、同「継続的取引関係の態様とその解消（二）」債権管理29号20頁、同「継続的取引関係の態様とその解消（一）」債権管理27号11頁。

*38 同「継続的取引関係の態様とその解消（一）」債権管理27号12頁。

*39 拙稿「継続的契約継続的債権関係という観念は、有用ないし必要か」前掲（33）55頁以下。

*40 内田貴「契約の再生」（1990）特に、145頁以下、同『日本法のトレンド』25頁以下、特に46頁以下。同「契約プロセスと法」岩波講座『社会科学の方法VI』129頁以下。内田氏のいう「解釈論」とは、法律の規定や最高裁判例の規範内容を明らかにするという意味での伝統的解釈論とは異なり、「多くの裁判例および若干の特別法を通して展開している新たな規範を整合的に説明できる法原理を構成し、かつそれを正当化できる理論を提示すること」を意味する。そして、現代的现象が、「関係的契約」という概念をもとに、「関係のなかの内在的規範の実定法への吸上げ」として説明し、古典的契約法は、「一定の歴史的条件のもとで誕生した特殊な規範体系」であり、「契約に伴う社会的関係を法の世界から排除し、ルールとして抽象化されることで形式的合理性を達成したもの」であるから、それが現実の契約実践のなかの契約規範（「内在的規範」と乖離しているのは、欧米においても一般的に指摘されている現象であるとされる。このような「契約法の二元性」という視座から、内田氏は、先に述べたような「一般条項の活用による契約責任の拡大」という現象を「内在的規範の実定法への吸上げ」とであるとみる。これは、古典的契約法において法の世界から放逐された「関係」（すなわち、「当該取引をめぐる社会的背景」を再び契約法のなかにとりこもうとする動きであるとされる。そして、内田氏は、この新たな契約規範を「関係の契約規範」として性格づける。ただし、ここでいう「関係」は、無限的な事実の結合ではなく、「内在的規範」として一定の秩序を与えられたものであるとされ、内在的規範に秩序を与えるものとして、マクニールが提示した「関係的契約」モデルが参考になる。しかし、内田氏は、マクニールとは異なって、「関係的契約」を社会的事実のなかにあるものではなく、法の世界において「解釈学的に構成されたもの」として理解しようとする。

*41. 同様の指向をもつと思われるものとして山崎教授の類型がある。それによると、

まず、継続的契約としての特約店契約を対象とし、継続的供給・チャネルリーダーのマーケティングプランに協力するものと捉える。そして、種々の継続的契約——特約店契約と類似する継続的契約として、以下のような区分をする。

a 継続的供給契約——継続的履行型、基本・個別契約型、継続的給付型、通次供給型

b フランチャイズ契約——商標・経営ノウハウ・売上に限定されないもの

c 下請契約

である。

4. 学説・判例の到達点と問題点

わが国におけるこの観念についての共通認識をみると以下のようなだろう。すなわち、

- ①継続的債権（契約）関係は、一定期間を通じて実現される債権関係をいうこと（期間の長期性）、
- ②期間の長期性より、当事者間の関係が一時的債権関係より相互信頼性が強くあらわれること、
- ③期間の長期性の故にその間に契約の基礎となっている事情に変化が生じやすく、「事情変更の原則」

に親しみやすいこと、

④双務契約は、各自の給付の間に同時履行の関係が認められるが、継続的契約関係ではその点、特殊な構成を必要とすること、

である。

すなわち、その間継続してなされる各個別の給付と反対給付との間に同時履行の関係にあると思われるが、さらに、継続的債権（契約）全体としての給付との間にもこれが認められることから、たとえば、前期分の代金の支払いのない場合、それに対応する次期または今期の反対給付を拒絶でき、この抗弁権の適用にも特性がみられる。

この点、「基本契約」にはこの種の抗弁権は適用はないが、「個別の給付間」にはこの原則の適用があるとの考えもあろう。

そして、特に、わが国では継続的債権関係の概念は、告知の機能対象としてのみ意味をもつというように、契約の解消手段としての「遡及効のない『告知』」の理論的根拠とされてきたともいえるのではなかろうか。

第2章 継続的債権（長期間契約）と履行障害

1. いわゆる不能論による解決とその問題点

1.1. はじめに

契約の履行が、両当事者の責に帰しえない事由（原因）によって、短期的に妨げられ、障害が暫時的後に消滅（除去）することが予測でき、障害が消滅（除去）した後には契約の履行が可能となる（可能性が残されている）場合、契約関係は法律上、どのようにあつかわれるべきかという問題である。もちろん、契約によって実現が予定されている債権の内容および効力は、千差万別であり、当事者の自由な合意によって創り出されるものである。したがって、このような事態の発生を予期し、両当事者間において、あらかじめ特約でも結ばれている場合は別として、それ以外の場合に、契約当事者間の事実上の解決によって紛争の全てを委せてしまうという態度が望ましくないことは、明らかであろう。また、わが民法も、こうした事態に対して、少なくとも明確なたちではその解決策を用意していない^{*42}。そもそも、わが民法は、債務の履行について^{*43}、可能と不能を戴然と区別し、不能ならかつそれについて債務者が無責である場合、履行の全義務を免れると構成している。そのことは、履行がある期日には不可

能であったがその後、履行することが可能になった場合も、履行不能として扱うということを意味している、しかし、その不能が一時的なものであり、履行期後には可能となればかつその履行が、債権の目的達成を可能とする場合をも、履行不能＝債権の消滅という解決でよいのかが問題となった^{*44}。すなわち、ことを実質的に観た場合、両者の契約関係を切断させることなく、維持・発展させることが、そのことを認めない場合よりも、かえって適当な結果を招くということもいえるのではないかと観点である。しかし、こうした問題に対する適当な結果を基礎づける法律上の根拠を求めることはそう容易でない。

ドイツ民法第285条^{*45}は、債務者が自らの責に帰すことのできない事由によって、給付 (Leistung) をなさない (なしえない) 間の責任を、その間、(債務者は) 遅滞の責任から免れる (kommt nicht in Verzug) と規定している。そこでは、一時的、偶発的不能、または過度の履行の困難を惹起させた障害がある場合について、不履行責任を負わない旨の規定と解されている^{*46}。したがって、消極的にはあるが、債務者の立場が保護されることとなる。しかし、将来に対し給付 (履行) 義務があるのか否かという問題はなお説明を迫られていることには変わりはない。

一方、こうした事態に対して、学説・判例上、いわゆる行為基礎の欠缺法理 (der Wegfall der Geschäftsgrundlage —— 行為基礎論) からのアプローチがなされている^{*47}。この法理が適用される場合は、著しく等価関係の破壊 (die Zerstörung des Äquivalenzverhältnisses) がなされた場合と契約目的達成不能 (die Unerreichbarkeit des Vertragszwecks) の場合である。しかし、今大戦後の判例は、あらゆる事情を考慮して、当事者を契約にそのまましづけることが正当視されないとき、ひろく契約の改訂、解消を認める^{*48}。しかしながら、こうした理論は、その対象とする事態が広範であることに加え、なお発展中の理論であるところから、その適用の可能性については未知数である。一方、ドイツの行為基礎論に類似するわが国における『事情変更の原則』も^{*49}、その要件において他の国のそれよりも厳格であること、また、事情変更が問題となるのは、契約成立時と履行時までの間に時間的隔たりがある場合 (給付が一時的か継続的かということより) が通例であること等、その適用について問題がないわけではない。

注

*42 定期行為の場合には、民法542条において、「契約ノ性質又ハ当事者ノ意思表示ニ依リ一定ノ日時又ハ一定ノ期間内ニ履行ヲ為スニ非サレハ契約ヲ為シタル目的ヲ達スルコト能ハサル場合」には、一定の要件下において、解除か継続かの自由を有している。また、他の目的のため本来の給付をひきつづき請求することもできる (大判大正10年3月2日民録27輯389頁)。

*43 わが民法の債務不履行の構成については、北川善太郎『契約責任の研究』300頁以下、川島武宜『債権法総則講義第一』85頁以下、特に89頁以下参照。

*44 大場茂行「履行不能」総合判例研究叢書 (民法 (7)) 50頁参照。大場判事は、履行不能の範囲をひろくみとめることは必ずしも常に債権者のために利益とのみは考えられないので考慮を要するとし、不能概念の再検討を示唆されている。

*45 ドイツ法の履行不能をめぐる議論の参考として、林良平「ドイツ民法280条の履行不能概念」法学論叢61巻5号1頁、また、その基礎的あとづけ (原始的不能の場合を通して) を整理されているものとして、磯村哲「Impossibulum nulla obligatio 原則の形成とその批判理論」私法学の諸問題 (一) 石田文次郎先生還暦記念397頁

以下参照。

*46 Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, I, 10. Aufl. S.253ff. Esser, Schuldrecht, I, S.389f.58,208,216. 柚木馨『独逸民法1』131頁『現代外国法典叢書』所収。

*47 行為基礎論については、古くは勝本博士が、そして、最近のものでは、五十嵐教授によって紹介されている（勝本正晃『民法に於ける事情変更の原則』（大正15年）130頁以下、五十嵐清『契約と事情変更』72頁以下参照）。ドイツにおける本格的な研究書としてLarenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 邦訳、神田博司＝吉田豊訳『行為基礎と契約の履行』がある。一方、わが国への導入の可能性については、行為基礎論が、動機錯誤論、履行不能論、事情変更原則論へと分解されるものであり、おおむね、わが国解釈論への導入は不要との見解が支配していると考えられる。磯村哲編『注釈民法(12)』（磯村）24頁以下。

*48 Larenz, a.a.O.(47).109f. 五十嵐・前掲23頁以下参照。

*49 わが国の民法典は、比較法上、事情変更の原則が忘れられていた頃成立したため、これに関する規定はない。また学説で論じているものもない。わが国の事情変更の原則は第1次大戦後のドイツの学説・判例の影響をとおり、大正末期に、特に勝本博士によって確立された。五十嵐・前掲147頁以下参照。

1.2. わが国における一時的不能論史

1.2.1 中島博士の見解

そこで、わが国におけるこの問題の議論を学説史的にみると以下のようなものである。

まず、中島玉吉博士は^{*50}、一時的履行不能（以下一時的不能という）と永久的履行不能（以下永久的不能または単に履行不能という）の区別について、一時的不能とは「一時不能ナルモ一定ノ時ヲ経過スレハ不能ノ除去セラルヘキコト明瞭ナルモノ」であり、継続的（永久的）履行不能とは「不能カ永久ニ継続スルカ又ハ債務者ノ弁済シ得ル時期ヲ超ヘテ継続スルモノヲ云フ」とされる^{*51}。同博士は、そもそも、可能、不能の問題は「債務者カ正当ニ履行シ得ルノ始期ヨリ終期ノ間ニ於テ発生スル」場合に初めて意義があるのであり、履行期（弁済期）が「債権者カ請求ヲ為シ得ルノ時期ナルト同時債務者ノ正当ニ弁済ナシ得ルノ時期」であるから、「不能ハ現在ニ存スルモ履行期ニ至ラハ其除去セラルルコト明カ」な場合を一時的不能というたとされる^{*52}。たとえば、1年間に建築をなすべき債務において、10ヶ月間建築が禁止された。その建物の引渡しの際に、禁止が解除された場合である。そして、この場合、残りの2ヶ月で建築をなすことが不可能であれば、「禁止カーケ年間継続セハ債務者ハ全ク責任ヲ免カ」れるのに対し、「偶然障害カ短期ナリシカ為メニ責任ヲ免ルルヲ得サル」とすれば、契約の履行期の延長を認めざるをえず、これによって「責任ヲ加重セラルルハ公平ト云フヲ得サルナリ」^{*53}とされる。

したがって、一時的不能が履行期において発生し、履行期後に可能となることが明白である場合、履行期というものを前記のように解する以上「其ノ時期ニ於テ履行不能ナルナラハ債務者ハ其ノ債務ヲ免カルルモノト為スヨリ外」ないのであり、「債務ハ之レカ為ニ復活スルコトナシ」と説かれる。かりに可能となる時期が履行期（弁済期）より遠くない将来であった場合に、債務がその効力を維持すべきであるとしても、延長される期間を定めることは不能に近く、また、可能に復する見込があるものは、何年の長さになっても一時的不能であるから、「債務者ハ時効期間以内ニテハ拘束ヲ脱スル能ハサルコトアルヘシ」^{*54}とされた。

注

*50 中島玉吉『民法釈義卷之三上』（明治44年）466頁。

*51 中島・前掲80頁，466頁。

*52 中島・前掲466頁。

*53 中島・前掲466頁。

*54 中島・前掲468頁。

1.2.2 石坂博士の見解

ついで、石坂音四郎博士は^{*55}、従来の履行（給付）不能論が、ドイツ法学の理論の上にたったものであった点に反省を加えられ、ドイツの不能学説を詳細に検討することをおして、わが国の民法の解釈論を展開している^{*56}。石坂博士は、ドイツ法の通説が、契約成立後の（後発的）一時的不能について、履行期が重要である場合と重要でない場合に分け、その取扱いを異にし、前者の場合、履行期に一時不能であるならその効力は永久不能と同じに扱い、後者なら、帰責事由の有無によって、遅滞の責任を負い、また、不能の存する間債務者が債務を免れると構成することは疑問があるとされる。同博士は、本来、不能が永久的であるとか一時的であるというのは、「不能ノ性質ニ依リテ定マラス寧外部ノ事情ニ依リテ定マルヲ通常」とするのである。たとえば、不能が事変（戦争，同盟罷工）によって生じたり、債務者の一身上の事情（病気）によって生じた場合、「不能ノ継続スヘキ期間ヲ予見スルハ難シ」，また、不能が一時的であったとしても、「其不能タル性質ニ於テハ具ナル所アルヘカラ」ず、あえて、この区別をするために、裁判官にその不能が一時的か永久的かの決定をなさせることは、不可能を強いる結果となろう。したがって、不能が一時的」であり、履行期後、可能となる場合も「不能」として扱うべきであるとされる^{*57}。また、ドイツにおける両者を区別する見解について、その不能期間中の債務の消長についての諸見解（不能の継続する間、給付義務は「停止」するとか、債務者有責のときは「遅滞」の責任を、債務者無責のときはその責任を問われない等）の根拠を疑問とされ、「一時不能も亦眞ノ不能ニシテ一時不能ノ場合ニ於テ共不能ノ存スル間ハ債務者ハ債務ヲ免ルルモノ」であるから、この両者の区別は、何ら実益のないものであると結論づけられる^{*58}。

注

*55 石坂音四郎「給付不能論」（明治44-45年）民法研究2巻283頁以下，（改纂民法 研究下巻・大正9年・12頁以下にも所収。初出は法学新報21巻9-2号，13巻23号，京都法学会雑誌7巻2号に掲載。

*56 北川善太郎『日本法学の歴史と理論——民法学を中心として——』43頁参照。但し，北川教授は，中島氏も，石坂論文に従ったとするが，年代的に合わない点において疑問である。

*57 石坂・前掲288～290頁，300頁以下。

*58 石坂・前掲290頁，前掲306頁，前掲284～285頁。

1.2.3 鳩山博士の見解

さらに、ドイツ法学のわが国への導入の最大功労者ともいべき鳩山秀夫博士^{*59}は、石坂論文をうけつつ、「苟モ履行期又ハ債務者ノ履行ヲ為シ得ベキ期間^{*60}ニ於テ履行ヲ為スコトガ不能ナルトキハ其永

久ニ不能ナルヤ否ヤヲ問ハズシテ履行不能ノ効果ヲ附セザルベカラズ」との理由により、石坂説を支持して一時的、永久的不能の区別は実益のないものとされる。

注

*59 鳩山秀夫『増訂改版日本債権法（総論）』154頁。

*60 石坂博士と同旨とする以上、履行期前をさしていると解する他ない。

1.2.4 勝本博士の見解

わが国における「一時的不能論」の一応の完成者といえるのは勝本正晃博士である。

勝本博士は、不能の期間の長短をもって、一時的履行不能、永久的履行不能とする、従来のこの問題に関する考え方は単純すぎるとされる。そこで、同博士は、履行期について考察され、「厳格なる定期行為以外に於ては、……一応債務者の履行すべき期間または期日を定むるに止まり、……期日は単に債務者をして遅滞の責に任せしむる意義」しかないとされ^{*61}、履行期後の履行も遅延したる履行として、尚、履行が完成しうる余地が残されているのであるとされる。したがって、遅延したという点は、債務の本旨に従った履行といえないにしても、「履行期において不能なるも、其後において可能となるときは、少くとも可能となりたる時期に於ては、現に履行が不能なるものとは」いうことができないと説かれる^{*62}。しかし、厳格な定期行為以外において、履行が完成することができる時期については、自づからその限界がある。すなわち、履行期後「ある一定の時期を経過するときは、其履行がもはや履行としての価値を有せざるに至る」場合には、債権者において、債務者のなす履行を拒絶し、不履行責任へと転化させうるとされる^{*63}。以上の枠組の上に立って、「この履行が完成しうべき時期を通じて履行が不能なるときは、永久的不能にして、然らざるときは、一時的不能」^{*64}として把握する必要があると説かれる。そして、従来の見解が、一時的不能であれ、永久的不能であれ、不能の存する間は債務は消滅することにかわりがないとの理由で、両者を区別することが実益のないとすることを批判され、一時的不能における問題は、不能が一時的であることが要点であり、不能の事実が去れば、再び可能の状態を回復することになる場合であるとされる。なお、同博士の見解で特徴的なことは、一時的不能は、特に、継続的契約（継続的供給契約）と、履行期が一定の期間を以て定められている場合に、その作用を発揮するとされることである^{*65}。この点は、その後の、諸見解においては、明確ではないものもあるが、ひろく一般債権関係にもその適用があるとされているのに比し、注意されなければならない点である。そして、勝本博士の一時的不能論の基礎として、信義衡平の観念に求められている点^{*66}も見逃せないことである。そして、さらに一時的不能期間中の債務の消長について、この間債務は消滅し、「将来可能となることを停止条件とする形に於て、一種の期待権として存続する」とされる。

注

*61 勝本・前掲197-198頁。

*62 勝本・前掲198頁。

*63 勝本・前掲199頁。

*64 勝本・前掲200-201頁。

*65 勝本・前掲202頁。なお、その後「理論上総ての債権関係を通じて之を認むべきである」と改説されている。
同『債権法総論概説』（昭15）177頁。

*66 勝本・前掲203頁。

1.2.5 その後の理論展開

以後の学説は、この勝本博士の見解を契機として、以下のような諸説が展開されていく。

近藤英吉＝柚木馨^{*67}博士等は、「給付が一時的に不能と為っても、債務は消滅することなく、債務者は唯不能の継続中、給付の義務を免れ、従って此期間遅滞に陥らざるに止まるとして、履行期後でも債務の履行が可能ながざり存続するとの見解を示された。また、田島順博士^{*68}は、「履行期後の履行も債権の目的を達し得る場合に、社会的な一時的な履行の障碍ある場合を一時的不能」というとし、たとえば、「同盟罷工、洪水等によりて不能となりたる場合」であるという。そして、「履行期後の履行が不能なるも事の性質上、近き将来に可能となる見込充分なる場合に、履行義務を免除する」理由がないから^{*69}、不能の継続する間「債務者履行を拒絶する抗弁権を生ずるのみ」^{*70}として、一時的不能で債務が消滅しないことを明確に述べている。さらに、浅井清信博士は^{*71}、「定期行為でない場合には予め定められた履行期において給付が不能であるからとて直に免責的給付不能」ということはできない。債権の目的あるいは、給付の性質、当事者の意思によって、債権の目的を達せられる期間の一部分においてのみ存在する給付不能が一時的（または非継続的）不能と言われるものであるとされる。したがって、一時的不能を「真の免責的不能ではなく、履行障碍と見」なし、債務に対する影響は何等うけないとする。そして、「一時的不能は履行を為さざるについての正当の事由」とした上で、その効果は「一時的不能の存在する限り当然に履行遅滞は発生しない」とするものである^{*72}。

なお、以後この概念について触れたものは少ない^{*73}。

注

*67 近藤英吉＝柚木馨『注釈日本民法（債権編総則）』（昭和9年）146頁。

*68 田島順『債権法』（昭和15年）87頁。

*69 田島・前掲89頁。

*70 田島・前掲87頁。

*71 浅井清信『危険負担の研究』89頁。

*72 浅井・前掲89頁。

*73 田沼証「定期行為と企図」比較法雑誌18.1.49では、「一次的不能は通常遅滞の問題である。ところが判例（BGH,LM. § 275 BGB,Nr.3,4,u,7, Larenz,aaO., Schuldrecht,）は、一定の要件の下で、永久的不能と同視する。つまり、それは、一時的履行障害によって契約目的があやしくなり、それゆえ、信義則に従い両当事者の利益考量によって、当事者に契約の維持を期待し得ないときである。この判断にとって決定的なのは、障害発生の時点であるという。しかし、こうした同視が意義を有するのは、債務者に帰責事由がなく、両当事者を契約拘束から解放するときだけであるという。債務者に帰責事由ある場合及び既に遅滞に陥っていた場合は遅滞規定で十分であるとする。更に実際には、給付の永続的対象不能が生じていないし見込まれないにもかかわらず、かかる同置をすることが必要かどうか問題であるという。つまり、判例がこの同置をしたのは、行為基礎論がまだ初

期の段階にとどまっていたときであり、今日では、行為基礎の脱落によって適切に処理しようという(Nastelski, Die Zeit als Bestandteil des Leistungsinhalts, JuS 1962, S.297)」との指摘がある。

1.3. 学説の到達点と問題点

わが国における一時的不能論の理論展開についてその到達点と、問題点を検討してみる。

まず、中島博士の見解は、履行期が債権者の履行請求ならびに債務者の履行をなしうる時期であるから、この時期において履行不能であるなら、債務者は債務を免れるものとするほかなしとの理由により、債務の確定的消滅をきたすとするものである。したがって、履行期後に可能となったとしても、「不能」の概念に含まれるとするものである^{*74}。それに対して、石坂博士の見解は、一時的、永久的不能の区別は実益がないとされる。それは、一時的、永久的を区別することがきわめて困難であること、一時不能中、結局、債務は消滅するのであるから、たとえ、その後可能となったとしても債務が復活することはないとされる。

中島博士と石坂博士の見解の差異は、中島博士が公平の見地から一時不能的処理をされるのに対し、石坂博士は、不能の効果自体の問題として両者を区別する必要なしとされ、一時的不能を永久的不能と同様に扱われている点である。そして、鳩山博士は、石坂博士と同様、それまでの一時的不能に対する論議が集約された形で表現されている。すなわち、履行不能が、履行期を基準として決定される以上、それ以後に可能となったとしても、履行不能として、とらえる以外にないということである。以下述べる諸説と明確に一線を画しているといえよう。

こうした両見解に対して、勝本博士の論文が契機となって、この問題は新たな局面へと向い、一時的不能と観念する場合のあることがしだいに有力となっていった。しかしながら、ここでは不能期間中の債務の消長について説かれているのみであって、一時的不能を、履行不能の一種として把握するのか否かについては明確にされなかったことからこの考え方の限界を生じたと評することができる^{*75}。また、田島博士の見解は、勝本博士と同様、不能中、債権者からの履行請求は、当然できないのであり、それに加えて、履行拒絶の抗弁権が与えられるとする。しかし、その根拠は疑問である。

以上みてきたところをまとめてみるならば、中島、石坂そして鳩山博士においては、一時的不能を以下のような場合を念頭に述べられておられる。すなわち、履行の一時的不能が生じた時期が、履行期（または、本来履行を為しえる期間）においてであり、この期において不能なときには、永久的か、一時的かを定めることなく履行不能となるものである。したがって、一時的にせよ不能ならば履行期後に可能となったとしても、債務は消滅すると結論づけ、真の不能として扱ってよいとする。

浅井博士の見解が、一時的不能に対する考え方としての到達点となったと評されるが、現在においては、債権法の体系書において、一時的不能に言及するものは皆無である。

しかし、現在における一時的不能論は、以上のような意味において使われてはいない。たとえば、一方の債務の内容が履行期には一時的に実現不能で、しばらくして可能になれば履行期後でもその債権の目的が達成されるような場合には、その債務は一時的不能になる、と説かれる^{*76}のがその例である。

ところで履行が一時的に不能である場合、不能なる間、債権者が債務者に対して本来の履行請求権を

有していないとすることはいうまでもないことである。それゆえ、勝本説以後の見解が、一時的不能のある場合を承認することによって、問題の中心を、その効力（債務者は、全く債務を免れるか、可能になった場合に、どのようにして債務が回復なされるか）と、その根拠（一時的不能中の債務の消長）についての論議にウェイトをおいてきたことは、うなづけるものがある。一時的不能の期間中の、その債務の消長は、存続説（抗弁権説（田島）、履行障碍説（浅井））と非存続説（消滅説（勝本・和田））に分かれる。非存続説については、その理があまりに一時的不能の「不能」を意識しすぎることにより、純理論的には正当だとしても、形式的すぎ、不自然であることは否めない。やはり、履行期間中の一時的不能は債務に何らの影響を及ぼさないとみるほうが自然でもあり、可能となった後の本来の履行をなすことの根拠も、勝本博士の見解のような技巧を用いないですむように思われ、再検討の余地があるといえよう。

また、履行不能規定（民415条）との関係も、履行不能となった債務について、債務者の責任がどのようなものかを規定したものであり、ここでいう履行不能を永久的不能に限ったものでないことは明らかである。少なくとも、一時的不能の観念を排斥する意味は有していない^{*77}と解される。一時的不能論における効果につき争いがあるとしても、同条の適用が問われるのは、少なくともその不能が生じている間であり、一時的不能論が問題としている全債権関係の将来の効力まで決定するものでないといふべきである。

他方、遅滞規定と一時的不能とは、履行期に履行が可能であるか不能であるかの点で区別されている。しかし、一時的不能の場合は、その後可能となるから、その段階では、両者は同じ平面にならぶことになる。そこで、両者の関係をどのようにみるかが問題となる^{*78}。そこで、岡松博士による^{*79}「区別説」は「遅滞と不能とは必ず相排斥するとし、給付の実行が可能なのに給付がなされない場合を遅滞と法律構成するのであり、給付の実行が不能となっている間を一時的不能とみるのであるから、一時的不能は遅滞ではない旨説く。反対に、履行遅滞を、履行期において履行が可能であるか否かを問題視することなく、履行によりなお契約目的を達し得るにもかかわらず履行されていないという事態として観念する「非区別説」がある^{*80}。この見解に従うならば、一時的不能は、履行遅滞の観念に含まれることになる^{*81*82}。

一方、ドイツにおける一部不能、履行遅滞規定（BGB280-2、286-2）は、なお給付可能である残部の履行ならびに遅れた履行が債権者の利益とならない場合は、履行を拒絶できるとするが、履行不能の概念についても、この趣旨を影響させて、同様の基準でとらえようとする新しい考え方^{*83}が生じてきていること、これらを合せ考えると、冒頭の事例も、この理の上に立って考えることの方が、より確かな基礎づけがなされるのではなかろうか。その結果として、履行不能をある限られた期日でとらえるのではなく、契約の目的を合せ考え、長期的にみることにより、あるいは従来の遅滞とも不能とも異なった、第三の障害の態様を考える余地もあらうとも思われる。これらの点は、今後の課題としておくとしても、すくなくとも、実際問題として一時的不能は、真の免責がなされる場合の不能とは具なり、履行をなさないことについての正当事由としての「履行障害」にすぎないのであると把握し、履行が一時停止す

ると考える方が、理論上、妥当ではないだろうか。かつまた履行不能を、一時的、永久的に分別する意義が、その履行責任をどのようなものにするかという点にあるなら、一時的不能をなおも、「不能」の範疇に入れておかなければならない必要はないというべきではあるまいか。

注

*74 中島・前掲316頁。

*75 帰責事由ある場合は、一時的不能を遅滞と把握されるようである。近藤＝柚木・前掲146頁。

*76 浅井清信「履行不能」民法演習Ⅲ16頁、柚木馨＝高木多喜夫『判例債権総論』（補訂版）103頁、松坂佐一『民法提要』（債権総論、第三版）78頁。

*77 同旨勝本・前掲論文207頁。

*78 前述したように、ドイツ民法第285条における論議の反映でもあるが、わが民法の債務不履行の構成から、当然でてくることの予想されうる議論でもある。

*79 岡松・前掲281-282頁。276頁。同旨勝本・前掲221頁、石坂・前掲307頁。

*80 富井政章『債権総論』（明治45年）64頁、谷口知平『新民法要説』（昭和45年）73頁。この見解は、「債権の目的」を給付行為におくのではなく、目的論的にとらえているものである。

*81 両説の考え方の相違は、永久的不能に至らない不能をなお、遅滞と分けて二元的に把握するか、遅滞として一元的に把握すれば充分であるかということである。

*82 なお、一時的不能をあつかった裁判例は少ない。

港湾労働者の同盟罷業のため買主が予定どおり目的物を入手できなかった事案（東京控判大正12年12月28日新聞132号16頁）、では「買主ニ対スル本件契約ノ目的物ヲ履行期ニ引渡スコトヲ得ザリシハ不可抗力ニ因リシモノト認メ得ベシト雖モ本件契約上ノ売主ノ履行義務ハ之ガ為メニ消滅スルモノニアラズ」とし、戦争の影響によって船舶等の不足が生じ私人間の一般取引による商品の輸送がきわめて困難となった事案で、「履行方法ハ物理的ニ必ズ不能ニ非ザルモ現時ノ取引通念ヨリ觀テ債務者ノ責ニ帰スベカラザル事由ニヨル履行不能ノ状況ニ在ルモノト得ス…原則ヨリ見ルモ当然ナリ」とした。

判例をまとめてみると、以下のようになろう。

(1) 一時的不能の根拠について

一時的不能であるとの根拠についてはどの裁判例も全く理由を示していない。「かかる解釈を採らないと偶然の事情によって不当な利益を収めることとなる」とするものがあるのもである（東京地判昭和24年1月25日判例総覧3巻701頁）が、その理由づけは、消極的かつ片面的である（神田・前掲322頁同旨）。

また、履行障害事由の除去の時期につき、履行にもたらされた障害がいつまでに除去されればよいのかについて、学説がこぞって、明確な期日が予想しえることを要件としてあげているにもかかわらず、判例においては、何ら触れられていない。

(2) 一時的不能の効果

「履行義務ハ之ガ為メ消滅スルモノニアラズ」と説くものがあり（東京控判大正12年12月28日新聞132号16頁）、この点では、近藤＝柚木説以後の一時的不能の基本的考え方のみを示している。また、不能期間中、債務は停止するとするもの、債務を消滅せしめるものではなく、債務者をして履行遅滞の責を免責されるに留まるとするものがあり（最（3小）判昭和30年12月20日民集9巻14号2027頁）、その根拠を信義則に求めている（朝高院判昭和15年12月3日新聞4655号13頁）。

以上の判例の検討を通じて言えることは勝本説と異なり、不能期間中の債務の消滅はないとするのが判例の態度といえよう。一方、判例がいう一時的不能論が対象としているのは、おおむね、履行が困難の場合であり、学説の一時的不能と若干の差異がみられる。

一時的履行不能論は、冒頭のような事例についても（当事者の責に帰すべきでない事由（原因）からもたらされた契約履行の短期的障害の場合に）適用されうるもので、その基礎は、信義衡平の見地から、一時不能中、債

務（契約）履行の義務から債務者を解放しながらも、その間契約関係を維持して、履行のための障害が消滅するや再び契約に全体的な効果を発生させることにあり、まとめうると考える。

ドイツにおける一時的不能に関する判例で、筆者が知りえたものには、戦争中、軍事封鎖のため、給付が不可能となった事案で、「経済的には契約条件どおりの給付とは全く別なものとなるから、戦争による一時的な障害は、継続的不能とみなされなければならない」とした（RGZ 90,102!1907）、同様なものとして、RGZ94,46（1918）、RGZ88,72（1916）、RGZ92,87（1918）；94,46（1918）がある。

*83 林・前掲21頁以下。なお、H.Stoll,Die Lehre von den Leistungsstörungen.S.306ff;Staub,Diepositiven Vertragsverletzungen 1904,S.23.

2. 行為基礎の喪失理論による解決

2.1. はじめに

契約とくに、双務契約は、双方の当事者がそれぞれ自己の要求を充たし、自己の利益を主張し、自己の経済的かつ社会的な目的を実現するために行なう法的手段である。契約の本質からみれば、契約関係とは、ある目標をめざし、この目標を達成することによって、契約の終結へと至るものをいう^{*84}。したがって、このある目標を照準におくことによって、契約は、当事者のもくろみの謀介物であることがわかる。このもくろみは、当事者が意図することによって実行へうつされるが、その実現は、その契約が、正当（適法）性をともなうこととともに、外界との関係とも関連しながら成り立つものである。すなわち、契約の根底に横たわっているのは、単に、当事者の意図（意義に適合した構造）のみならず、空間的、時間的な現実とも関係しあっているということを意味している^{*85}。このように、契約は複合的な構造をもっている^{*86}ということから、当事者が意図した——それは、想像上予見しえたにすぎないが——諸々の目標と、外部の現実との関係がけっして、将来にわたって調和がたもたれるという保証はない。なぜならば、こうした将来への見通しや、計画は、その現実との間に、大きな間隙をもたすかもしれないし、また、半当事者が、契約締結の時には影響がなかった《諸事情》——当事者にとっては、契約締結時において適切な評価を受けていた——が、後に至って（後発的に）変化する場合もあるからである。たとえば、婚約の成立した娘のために嫁入道具を購入した父は、その予想した婚姻が、実現しなかったとき、この売買契約を解消することができるか。また、暴風雨にあって、座礁した船から救助を求められたサルベージ会社の船が到着する前に、大波によって、座礁した船が離礁した場合、この船の持主は、サルベージ会社からの代金請求を拒否しうるのかなどである。たしかに、一般に「契約は守らねばならない（*pacta sunt servanda*）」との法諺^{*87}がこの意味するところは、契約には一たん結ばれた以上拘束力がある、という特質を示す言葉である。このことは、契約によって合意された法律上の効果に、当事者の利害関係が後になって変化があったとしても、何らかの影響の及ぶことを予防することに役立っていることを示す。それにもかかわらず、場合によっては、重大な利害の破壊が、何ら契約関係に影響を及ぼさないとするを、完全に無視することが出来ない場合があろう。契約によって発生する債権は、ひとたび、社会的存在になれば、それ自体、一次的には、当事者間を拘束するが、二次的には、当事者の手をはなれ一人歩きしてゆく可能性を秘めているものである。こうしたことを考えると、契約関係への重大な利害関係の変更のすべてを「債権の消滅」へととらえる図式は再考の余地が

あるといえよう*88。

ところで、このような問題に対して、今まで検討してきた諸理論において、十分な解決を与えているであろうか。たしかに、民法の諸規定、とくに、履行不能（民法415条）、危険負担（民法534条・536条）、瑕疵担保（民法570条）、ならびに、錯誤（民法95条）、条件（民法127条以下）、等の規定は、不完全ではあったとしても、従来、これらの問題を解決するのに役立ってきたことは確かである。しかし、これらの諸規定によって解決されてきたのは、定型的な事情の破壊の場合であって、非定型的な事情の破壊の場合についても、これらの諸規定によって把握することができるのかは疑問である。この問いについては、まだまだ、十分に答えられているとはいえない。すなわち、ここでいう非定型的な破壊の場合として考えるのは次のような場合である。

1 債務者が、一切の事情と無関係に、履行しようとするばなしうが、履行することによって、当初、照準とされた効果をもはや発生させることができないという場合。

2 1の場合で、他の方法、手段等によって、もはや効果が発生してしまったという場合。

3 当事者が、そうした変化した事情の下においても、履行することは確かに出来るが、債権者、または債務者の側において、履行することを拒否される場合。

すなわち、契約を履行することが、そうした変化した事情の下においてはもはや無意味に帰するか、全く利益とはならない場合である。

4 いわゆる「等価関係の破壊」の場合。この場合は、給付と反対給付の間において著しい不均衡を生ずる場合である。

以上のような場合において、従来のように、債務者・債権者が、履行する意思がないものとして片づけてしまつてよいのかは問題である。

ところで、契約一般を考えると、この種の危険は、常につきまとうものである。では、こうした契約上の危険は、誰が負うのであろうか。一般に、契約に際しでのこうした危険は、まず当事者により個別的に約束されうるし、契約条項にそれらの場合に対する処理方法を定めていることもある。こうした、条項がない場合であっても、当事者の取引にまつわる慣行、慣習等を考慮することによって、法律行為（契約）の内容が確定されうる場合が少なくない。また、それら契約の解釈によっても補えない場合には、法律とくに民法の諸規定により、これらが解決されうる。以上のような解決以外に、学説・判例において認められているものに、『事情変更の原則』がある*89。事情変更の原則は、一般に次のように定義されている。すなわち「契約成立後、その基礎となった事情が当事者の予見できない事態の発生によって変更したために、当初の約束に当事者を拘束することが極めて酷になった場合に、契約の解除または改訂が認められるという法理」であると*90。この法理は、大正末期、勝本正晃博士の著書『民法に於ける事情変更の原則』において確立されたといわれ、そして、今日においてはわが学説上不動の地位をしめていることは周知の事実である*91。

では、この事情変更の原則において、上記に示したような非定型的な事情の破壊の諸場合について、十分な解決を得られるのであろうか。また、この法理がそうした問題処理に十分な機能を営んでいるの

であろうか。以上かかげた諸問題を考察することは、具体的事案に対する解決のみならず、契約による債権関係（Schuldverhaeltnis）の構造を理解する上からも重要であろう。

注

*84 Lazenz, Lehrbuch des Schldrechts, Bd.1 Allgemeiner Teil, 10.A.1970 2 V.

*85 Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, 1965 § 26, 3S. 497; Köhler, Ummöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei zweckstörungen im Schuldverhältnis, 1971, S. 1f.

*86 Larenz 注(1)参照。

*87 星野英一「現代における契約」現代法8（現代法と市民）205頁以下、とくに223頁参照。契約の拘束力の端初は、宗教的な契約にはじまり、契約を守らないことは、神への冒とくとされていた。

*88 磯村哲「債権の消滅」注釈民法(12)（昭45）22-23頁、は、こうした場合について、履行不能論への解消を主張する。

*89 事情変更の原則という名称は、勝本正見『民法に於ける事情変更の原則』（大正15年）に由来する。

*90 勝本・前掲812頁、五十嵐清『契約と事情変更』（昭和四四年）148頁、五十嵐清「事情変更の原則と行為基礎論」民法の争点 I 228頁等。

*91 この原則の歴史的由来については、五十嵐・前掲「争点 I」218頁に要領のよい記述がなされている。

2.2. ドイツにおける行為基礎論

行為基礎論については、わが国においても、古くは、勝本博士により、近くは、五十嵐教授によって詳細な紹介がなされている。筆者はそれらの論稿を前提として、ドイツにおける学説の発展をたどり、そこに残された問題は何かということを探ることを当面の目標としたい。

ドイツのある文献によれば、1981年までに発表された「行為基礎の喪失」に関する理論は、56本、その後も約11本の理論が登場したとされている。そして、そのどれもが確固たる地位を獲得するに至っていないという^{*92}。

行為基礎論は、後述するヴァントシャイトの「前提に関するローマ法理論」（1850年）以来、およそ150年来様々な名称のもとに論じられてきた。今日ではこの理論の様々な変種があるが、これらの相違は結論よりもむしろ理論構成の違いにある。法律上の特別規定が行為基礎論という一般的な公平理論に優先するという点に関してはいずれにしても異論がない。

今日のドイツにおけるもっとも一般的な民法注釈書をみると行為基礎は以下のように定義されている。すなわち、《契約の締結に際して、明瞭に顕れた、一定の事情が現在もなお存在することまたは、将来発生するかも知れない事情で、他方当事者に認識可能となっていたが、その物より異議を述べられなかった表象（Vorsterlungen）または、当事者双方の共通の表象であり、当事者の行為意思がそれを基礎として定まった場合にこれらの表象を》いう^{*93}。

また、最近のテキストによると、《最小限、契約締結にあたって、当事者の一方が前提としていたもので、この当事者にとり重要であることから、この前提の評価に疑問をもっていた場合、契約の締結に至らないか、あるいは、その内容を異なったものにした。そして、こうした事情を顧慮した場合、他方当事者は、誠実に対処しなければならない状況である》とされる^{*94}。

注

*92 Chiltellis, Rechtstatsächliche Aspekte der Geschäftsgrundlage-Störungen, (1985).S.32.

*93 Palandt.,BGB,(57Aufl),S.238ff.

*94 Pieter Medicus, Bürgerliches Recht, 11,Aufl.1983,S.85.

2.2.1 ヴイントシャイト理論

初期の学説として、まず、一般に前（予）提論（Voraussetzungslehre）と呼ばれるヴィントシャイト（Windscheid）の行為基礎論^{*92}がある。それによると、「前提」とは、意思表示の効果について当事者が加える自己制限をいうが、未だ条件にまで高められたものではなく、表意者によって確実なものと考えられたがゆえに条件とされなかった「展開されざる条件（eine unentwickelte Bedingung）」と呼ぶべきものをいうとする。しかも、一般の条件（Bedingung）におけるように、法律行為の効果の発生・消滅を、将来における一定の事実の成否にかからしめるものではなく、その前提となった事実にかからしめる意思がない場合であり、前提と動機との差は、前者が意思表示の内容になるに対して、動機はその枠外にあるという^{*93}。したがって、この前提と適合していないとすれば、表意者であったなら表示しようとしたであろう「本来の意思（eigentlicher der wahre Wille des Erklärenden）」、すなわち、真意と一致していない状態を生ずることになる。それ故、そうした意思は、何ら、表意者を拘束することはない。また、前提は、意思表示の動機とも次の点で異なる。すなわち、前提は、意思表示の内容となるが、動機は、その意思表示に至る外来的原因であり、その内容とならない^{*94}。前提としての対象（事情）は、将来にわたる一定の事態を含む広い概念であり、明示的たると、黙示的たるとを問わず^{*95}、過去・現在・未来、いずれの事情であることをも問わず^{*96}、それが、一時的なものでも、永続的なものであってもかまわないとする。

したがって、ヴィントシャイト理論では、ある建物の建設のために必要なセメントを用意する見込みがあったところ、不安定な地盤のために、当初、見積ったところの十倍もの多量のセメントがぜひとも必要であることが明らかになった場合でも、表意者は、忠実な履行が求められることになる。なぜなら十倍もの多量のセメントが必要であることを、契約締結時、当事者は、明示的にはもちろん、黙示的にも意識しなかったからである。

ヴィントシャイト理論における前提の喪失効果は、①その事態が確実であるために「条件」とはされなかった契約に基づく請求に対して悪意の抗弁（eine Einrede der Arglist, exceptio doli）を有するか、②無効（unwirksam）になる^{*100}、という^{*101}。

ヴィントシャイトの「前提」論の長所は、この「前提」たる事情が未来の事情であってもよいとする点である。したがって、契約締結時においては、契約内容をなさない事情の変更が契約成立後の契約の運命を左右しうることを含んでいる^{*102}ということになる。この点は、本稿ではとりあげなかった、「事情変更約款（Clausula rebus sic stantibus）」^{*103}理論とおおいに関係してくると思われるが、この点、この「前提論」を、「行為基礎論」としてとらえるとき、従来、見逃されてきたのではあるまいか。もう一つの問題は、「前提」との不適合の効果が、前述のように悪意の抗弁を主張することになるか、無

効となる点である。悪意の抗弁は、一般に、原告の請求が信義衡平の原則に反するとき、被告がこれを請求して免れうるとするものと解されている^{*104}。しかし、悪意の抗弁は、もともと、契約内容にもとづく請求に対するものであることから、はたして、こうした場合に妥当なものか、また、無効とすることにより、債権が消滅することが妥当なのかが問題となると思われる。こうした場合の効果は、第一次的には、契約の解消への道よりも、契約の適応（Vertragsanpassung）^{*105}の道を探すべきではなからうかと思われるからである。

注

*95 Windscheid, Die Lehre des römischen Recht von der Voraussetzung, 1850. ders., Die Voraussetzung AcP.78 (1892), SS.161-202. 勝本・前掲179-194頁, 五十嵐・前掲75頁以下参照。

*96 Windscheid, AcP.78 S.167, Windscheid, AcP.78 S.195.

*97 Windscheid, AcP.78 S.195.

*98 Windscheid, AcP.78 S.167ff.

*99 Windscheid, Pandekten Bd.1 S.438.

*100 Windscheid, AcP.78 S.167.

*101 Palandt., BGB (57. Aufl.), S.238ff.

*102 磯村哲「動機錯誤と行為基礎」法学論叢76巻3号25頁。

*103 詳しくは、勝本前掲書148頁以下, 五十嵐・前掲74-75頁。

*104 浜田一男「悪意の抗弁」民事法学辞典上1頁。

*105 Fiketscher, Die Geschäftsgrundlage als Folge des Vertragsrisikos. 1971.S. 6.

2.2.2 エルトマン理論

エルトマン（Oertmann）は、契約を瓦解させた第一次世界大戦の事実から受けた印象を基礎に、ヴィントシャイトの主張の近代化を試みた。エルトマンの、行為基礎の定義は、「行為基礎とは、行為意思の基礎となる一定の諸事情の存在あるいは発生についての表象（Vorstellung）であり、それは行為の異議を述べられない一方当事者の、または数人の当事者の共通の表象（Vorstellung）である。」という^{*106}。

このエルトマンの行為基礎論は、ヴィントシャイトの前提論を発展させたと評されている^{*107}。すなわち、ヴィントシャイトへの前提論が、意思表示の内容となとしたのに対し、意思表示の内容となるものでなく、前述の定義にもあらわれるように、前提論においては、行為基礎を相手方が認識しうる可能性があればよいとしたのに対し、「相手方により重要性を認識され、かつ異議を申し立てられなかった一方当事者、または数人の当事者の共通の表象である」としている点である。エルトマンとヴィントシャイトの前提論との差異は、前者が表意者により確実なものとされ、それ故、条件とされなかった事実を問題にするのに対し、エルトマンは行為基礎を、相手方より重要性を認識されたもので、かつ、異議を申し立てられなかった場合を問題にし、そして、取引行為全体の基礎（前提）をその対象にした点である^{*108}。

注

*106 Oertmann, Die Geschäftgrundlage, 1921.S.2, 五十嵐・前掲88頁以下参照, 勝本・前掲479頁以下, 706頁参照。

*107 Larenz, Geschäftgrundlage und Vertragserfüllung 1963, S.11f (以下GGと略す)。

*108 エルトマンへの批判は、表意者、もしくは双方の当事者が、全く考慮に入れず、また、何ら、言葉にいいあらわさなかった場合においても、変更した諸事情によって、当初意図された内容の契約が、瓦解せざるえなくなるというような極めて重要な場合が、その考慮の対象からはずれているのではないか、ということである。しかも、そうしたエルトマンの行為基礎論において把握されていない場合こそ、最も解決を要する場合ではないかということである。

2.2.3 その後の理論展開

ケーゲルは、第40回ドイツ法曹大会で、当事者の予測を現実が越えてしまった場合を「小さな行為基礎」、自然災害や戦争・インフレ等の社会的な大混乱、国家の行為の場合を「大きな行為基礎」として、2つにグループ分けした。この理論については、立法者が介入してくるまでの時期を切り抜けるためになされたに過ぎなかった、との評もある。

以上の二人の先駆者の考え方から、以下の理論が展開されていく。

カウフマン (E. Kaufmann) は^{*109}、契約の相手方の義務は、一定の契約類型の本質目的を追求する契約者の効果意思に基づいて、義務を負担する契約締結者に期待されるべきことのなかにその限界があるとする^{*110}。したがって、事情の変更が考慮されねばならないのは、その事情の変更によって、契約の本質的目的が危機にあう場合、たとえば、その本質目的にとって必要とされる給付と、反対給付との等価関係が破壊されたような場合がそれにあたるとする^{*111}。

クリックマン (Krückmann)^{*112}は、契約内容に客観的に解釈された事情変更約款から出発し、ある契約において、事前・事後に予見しえなかった事情の変更のため、その意味がなくなり、または目的・対象がなくなれば、契約は解消するという「事情変更約款」は、一方当事者が、明示的に契約内容に反対しなかった場合には、契約内容になる、とする。クリックマン理論の特徴は、契約締結後の後発的な事情の変更を問題にしている点であろう。さらに、ロッヒャー (Locher)^{*113}は、ヴィントシャイト、エルトマンが提示し、その方法論とした、心理的手法は同避し、当事者によって定め、かつ、契約内容の中に表現されるに至った行為目的が、当事者によって契約に定めた通りの行動態様によって達成されんがために存在しなければならないところの諸事情を行為基礎と定義する。そして、法律行為の拘束から解放されるのは、追求され行為内容となった当事者目的の達成のための手段として適当なものといえなくなるほど諸々の事情が変化すれば、その点において契約は拘束から解放されるとする^{*114}。

注

*109 Erich Kaufmann, Das Wesen des Völkerrechts und clausula rebus sic stantibus, Tübingen, 1911. 勝本・前掲430頁以下。

*110 Kaufmann, S.107.

*111 カウフマンの理論は、clausula 概念を、国際契約法に採用したものと評されている (Larenz, GG, S.13f)。

*112 Kruckmann, Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streikklausel, Acpl16 (1918) 157ff (勝本前掲731頁以下)。

*113 Eugen Locher, Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck, Acpl21 (1923) S.1, 76ff. 勝本前掲721頁以下。

*114 しかし、たとえば、ある建築資材が、ある年の上半期には、100万円であったものが、下半期に1,000万円になったような場合のような事情の変更による事例について、十分な解答を与えるのであろうか。なぜなら、ロッヒャーも、クリュックマンも、同じく、契約内容にその行為目的が含まれていることを要求していることから、その行為目的（両当事者、各々の目的ではなく、合意によって形成された目的）を達成するための手段としての契約が、役立たないほど、事情が変化した場合、こうした契約に拘束力を与えることに、どれほどの意味があるのか、問題となるからである。さてまた、ロッヒャーのいう、行為目的とは、どのようなものを指すかという難問と取り組む必要がでてくる。また、本来、契約当事者の契約を締結する目的は、必然的に対立しているのであって、もし、変更せられたる事情によって影響が及ばない（及ぼすことができない）目的は、それぞれ、当事者に「共通」な目的であるはずである。したがって、はたして、こうした行為基礎論が、その適用範囲においてどこまで有効性をもつかは疑問となろう。なお、Fikentscher, a.a.O., S.8 参照。

2.2.4 ラーレンツ理論

以上の理論展開を経て、今日、行為基礎論の一応の完成者として目されるラーレンツ理論へと至る。

ラーレンツ (Larenz) の行為基礎論^{*115}は、エルトマンによって主張された場合を、主観的行為基礎 (subjektive Geschäftsgrundlage) として、また、行為目的の欠落、著しい等価関係の破壊、共通の契約目的の到達不能を、客観的行為基礎 (objektive Geschäftsgrundlage) として把握し、従来の、主観説、客観説を、統一ある行為基礎論に結びつけていった。また、主観的行為基礎は、錯誤法の問題とし、客観的行為基礎は、契約の客観的条件（前提）によって、もはや付与されない債権法上の適応問題と関係するとする^{*116}。ラーレンツによれば、主観的行為基礎とは^{*117}、「契約両当事者に共通な前提観念であって、その指導によって、両当事者の契約内容を確定せしめたものをいうとする。」したがって、その前提観念は、単に一方当事者のみならず、各当事者にとって契約締結への動機を形成していたものでなければならない。そして、それに含まれる場合は、「その前提観念が不当なものとして、そのことを当事者が知っていたならば、契約を締結しなかったであろうという場合のみならず、当事者がその締結に際し、誠実な考え方を持っているならば、相手方にその契約を強要しなかったであろうという場合も含む」とする。それ故、前提観念があたっていなければ、双方の当事者は、「動機の錯誤 (Motivirrtum)」に陥っていることになる。それは、両当事者に共通なある前提に関することになる。以上からそれらは、錯誤法の適用範囲を確定せねばならないが、鏡誤法においては、こうした「双方的動機の錯誤」の場合には適用外となるのであり、ここに、主観的行為基礎を定立する意味があるとする^{*118}。

他方、客観的行為基礎とは^{*119}、「契約を締結する者は、何らかの特定の所与の状況により思考し、行動する。しかし、その状況について、契約締結者が明瞭に観念する必要のないものであり、おそらく、彼は、それをけっして完全には展望することはできない。それにもかかわらず、そうした状況は、内在する諸前提という形で契約に附随することになる。ところが、後になってこのような諸事情の本質的変更、すなわち契約当事者がその可能性を思いおよばず、したがって、契約当事者が、自己の利益の考量や、危険の分配のさいには決して考慮しなかったような変更が生じた場合、それにもかかわらずそのま

ま契約が実現されるときは、その契約の本来の意味が全く喪われ、そして当事者達がかって意図し、合理的に意図しえたところの効果とは全く別の効果を生ずることがありうる。そして、これらは、事情変更約款という古い問題、すなわち「変更された事情」をどこまで顧慮するのか、また、いかなる事情の変更によって、契約厳守にもかかわらず、それを変更なくさらに維持することがもはや是認されないことになるのか、という問題である、とする。そして、客観的行為基礎の欠落として、その類型は、等価関係の破壊 (shwere Aequivalenzsstoerung) の場合と契約目的の達成不能 (Zweckvereitelung) の場合であるという。

ラーレンツ理論は、次の点にその特徴がみられる^{*120}。すなわち、従来、こうした行為基礎が、主観的な意味の場合と、客観的な意味の場合とがあるにもかかわらず、区別されずにきた点を指摘し、諸事例の個別的な場合について、一方を、錯誤法の問題として、他方を、債権法の問題として、それぞれに、実体法的根拠 (BGB § 157——契約は取引上の慣習を考慮し、信義誠実の要求に従い解釈することを要す、BGB § 242も——債務者は誠実にかつ、取引上の慣習に従い給付を為す義務を負う。) を与えんとした点にあらう。しかし、はたして、主観的行為基礎と、客観的行為基礎との、ラーレンツの区別が正当なものであるのかという批判もある^{*121}。しかし、この点の大きな論点は、「共通錯誤」の取り扱いにあるのであって、この区別自体を否定する見解は、今日では少ない。問題なのは、「錯誤法」における「錯誤」が、現在の事態、過去の事態についての問題であることから、将来の事態に対する錯誤について、どのようにとり扱うのかである^{*122}。なおかつ、こうした、将来の事態に関する錯誤は、ラーレンツによるならば、「客観的」行為基礎の諸事例に入ると思われることから、もう一方の問題として、はたして、錯誤の対象となった事態を、過去のもの、現在のもの、さてまた将来のものと区別をつけることが、法的になしうるのか^{*123}も問題となる (例えばBGB § 2078)。

また、客観的行為基礎については、前述のロッヒャーに対する批判があてはまる。すなわち、契約当事者が、唯一、共通のものとしているのは、契約類型に基づいて相互に義務づけられている、ということである。たとえ、相互に、お互いの目的を知り、知りうべきであった場合であっても、それをもって、共通性ありというわけにはいかないし、その証明ともならない。とすれば、結局、当事者の共通な目的とは何かという点を探究せねばならず、この点を探究することは、結局、契約を正当化しうる正義の基準を見いださねばならないということになり^{*124}、やはり、不明確な概念操作をすることになりはしないだろうかとの疑問も生じてくる。

なお、その後の理論は、その法的根拠をめぐる議論が展開する、例えば、BGB242条の信義則にもとめられるとするレーマン理論がそうである。

最後にドイツの現況をメディックス教授のテキスト (Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 16. Aufl.) (1993) 143頁以下) を参考に述べておこう。

まず、不能との区別につき、原始的不能または後発的不能もまた行為基礎論に優先する。とはいえ、この不能と行為基礎論の間にはいくつかの接点が存し、それは、給付困難、目的障害、等価性喪失の三つに分けることができる、という。

動機の錯誤との異同は、以下の点にある。現在の状況についてある想定をしたものの、それが間違っていたために行為基礎を欠くこととなった場合には、動機の錯誤と行為基礎の欠缺が重なり合うことになる。この場合も動機の錯誤に関する法律上の特別規定があれば（例えば199条2項、123条等）期待が外れたにすぎないという事例でも同条が適用される。これらの規定は一般的理論である行為基礎の欠缺に優先する。行為基礎論が問題になりうるのは、119条が適用されない「共通の動機の錯誤」の事例、または現在の関係が今後も継続するであろうとの当事者の一般的思想が裏切られたにすぎないような事例である。行為基礎が（当初から）欠缺していたかまたは（後から）脱落したかという観点から、当事者の少なくとも一方の想定または期待と現実との食い違いを検討しなければならないのは特別規定が優先適用されない場合に限られる。一方の想定または期待と現実の食い違いの検討は次の3段階に分けてするのが最もよいであろうという。

(1)想定または期待と現実が一致しない場合に、その不一致点が行為基礎になっていたといえるか？(2)この行為基礎と現実の不一致が著しいため行為基礎が欠缺または脱落しているといえるか？(3)行為基礎の欠缺または脱落からどのような法律効果が発生するか？である。さらに、客観的行為基礎と主観的行為基礎を区別することは必要である。

そして、行為基礎とは、a)現実的要素として、少なくとも当事者の一方が契約締結の際に前提にしていた事情であり、b)仮定的要素として、この前提が疑わしいということを当該当事者が知ったならば、契約を締結しなかったかまたは異なる内容の契約を締結したであろう、と思われるほど重要であって、c)規範的要素として、他方当事者が誠実であれば当然考慮しなければならなかった事情である、とされる。

困難な問題は、第3の「規範的要素」であるとし、その判断要素としては、取引慣行のほか、反対給付の額、および他方当事者が認識し得た計算等がある。

どういう場合に行為基礎が欠け、あるいは脱落するのか。行為基礎の欠缺あるいは脱落ありといえるためには、特に、等価性喪失の場合のように、不利な地位にたった契約当事者に履行を要求することが過重なものであることが必要であり、行為基礎論に新たな不確定要素を持ち込むことにはなるが、現実の事態との食い違いが、信義則に照らして考慮に値するほど重要なものか否かを問題にしなければならない、という（166頁）。

最後に、行為基礎欠落の第1の効果は、行為基礎の欠缺または脱落によって損なわれた債務関係を現実に適合するように調整することである。その際たいていは、当事者が現実の事態を正しく認識していたなら合意していたと思われる規律は何かを探求することになる。なお、不利な地位におかれることになる当事者が望む場合にのみ、調整が行われるべきである。第2の効果として、このような調整が不可能であるか、あるいは調整は可能でも一方当事者にとって負担過重になる場合には契約解除権または告知権が与えられる。特に、現実の事態を知っていたなら仮に別の形であったとしても当該契約は締結されなかったであろうと思われる場合、解除権または告知権が与えられることになる。なおこれらの権利が行使されると、相手方当事者は出捐した費用の償還または消極的利益の賠償を請求できるとすべきか

否かが検討されなければならない。

注

- *115 Karl Larenz, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung* (以下GGと略す) 3.Aufl.1963. なお、本書は、神田博司・吉田豊訳(『行為基礎と契約の履行』中央大学出版部1969年)がある。五十嵐・前掲101頁以下に詳細な理論紹介がある。
- *116 GG,S20ff. 訳書35頁以下。
- *117 GG,S20. 訳書35頁以下。
- *118 GG,S51. 訳書81頁。
- *119 GG,S52. 訳書81頁以下。
- *120 Fikentscher,a.a.O,S,9ff.
- *121 Flume, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, *Handl. Jahrb. deutsches Rechtsleben I* 1960, S,211f. 五十嵐教授があげられるLarenzに対する批判は、一般理論として明確な要件と効果とをもつ法的構成に成功していないのではないか、というものである。
- *122 Fikentscher,a.a.O,S,10ff.
- *123 Fikentscher,a.a.O,S,10ff.
- *124 Kegel,a.a.O,S,198.

2.3. 行為基礎論の問題と課題

行為基礎理論は、「契約は守らねばならない」、との法格言からはみだすものではなく、契約制度の本質より、その実質的実現を目ざすものと評価できる。ただし、動機の錯誤の取り扱いに代表される意思表示の「錯誤」についてのドイツにおける特殊性にも由来する点もある。そこで、もう一度、民法法規によって、従来、行為基礎の問題として扱われてきた場合を、洗い直してみる必要がある。また、五十嵐教授が主張されるように^{*125}、行為基礎論のような人為的な構成よりも、契約当事者に、こうした契約危険を、何を基準に、いかなる危険を、分配するのがよいのかという面から考察し直す^{*126}との解決方法を探求することの方が、「生産的」であるかもしれない。

では、「行為基礎論」は無用な混乱を生ぜしめる理論であろうか。契約は、当事者の意図した効果を発生させる法的手段である。その基礎となるのは、やはり、当事者にとって一定の前提となる事情であり、当事者の目的である。そうした点を考えるとき、いままで検討してきた行為基礎論において、参考となるのは少なくない。たとえば、共通(動機)錯誤を、行為基礎論によって処理しようとしたことなど、評価しうると思われる。そこで問題となるのは、体系的、組織的整序の問題である。行為基礎論が問題となりうる事例は、民法体系上からゆくと、錯誤論、履行不能論、瑕疵担保論、条件論等と民法全般にわたっている。そうした点を考えるとき、これらの諸規定と行為基礎論との連関について、行為基礎論が、十分に答えているとはいえない。ラーレンツによって一定の位置をしめた行為基礎論が、さがし求めてきたのは、自ら、創造的に、理論を作り出すということが中心となって、民法の諸規定との連関から、この問題を考えるという姿勢に欠けていたとも言えなくはない。なお、裁判例については、本稿では理論的検討を中心としたことから詳細は別稿に譲る。なお、一定の検討は後掲の拙稿がある^{*127}。

注

*125 五十嵐清・「行為基礎概念は有用か」『民法学Ⅰ』196頁以下参照。

*126 こうした考え方はとみにドイツにおいて強くなっているようにおもわれる。すなわち、行為基礎が、問題としなければならないのは、当事者の推定的意図（平均的意図）による危険配分の原理である。この考えの前提には、外部の事情によって当事者の予則しえない根本的な変動が、履行を、困難（単なる困難ではなく）になし、それ故、本来の履行が、契約の意味ならびに目的により合理的承認をうるような危険の分配の範囲内に、もはや存在しないとみられる場合、債務者には免責という適応が少なくとも考慮されるべきであろうという、ラーベルの定式がある（Rabel, Das Recht des Warenkaufs, Bd. I (1936).S.356。なお、「私法上の錯誤」（比較法研究41. 1979年星野英一「総括」24頁は、錯誤法についても、その基本的出発点として「錯誤により生ずる危険の負担についての原則をまず明らかにすることであり、結論としては、原則として錯誤者がそれを負担すべきである、という考え方をとり、そこから出発して具体的問題を考えることである。」とする点、参考となろう。

*127 わが国における最近の判例にみる行為基礎喪失とその効果については、昭和61年までは、拙稿「法律行為と行為基礎」山本還暦記念『法律行為論の現代的課題』89頁以下参照。

その後の判例については続稿を予定しているが、最近のものから概略を紹介すると以下のようである。

1. 最判（三小）平9年7月1日民集51巻6号2452頁。

【事案】ゴルフ場の樹面が崩壊した。

【変更事由】会員らが、ゴルフができなくなった。

【判旨】「会員契約については、本件ゴルフ場ののり面の崩壊とこれに対し防災措置を講ずべき必要が生じたという契約締結後の事情の変更があった」

事情の変更の適用につき

「契約締結後の事情の変更が、当事者にとって予見することができず、かつ、当事者の責めに帰することのできない事由によって生じたものであることが必要でありかつ、右の予見可補性や帰責事由の存否は、契約上の地位の譲渡があった場合においても、契約締結当時の契約当事者についてこれを判断すべきである。したがって、B社にとっての予見可能性について説示したのみで、契約締結当時の契約当事者であるA社の予見可能性及び帰責事由について何ら検討を加えることのないまま本件に事情変更の原則を適用すべきものとした原審の判断は、…是認することができない。」

「一般に、事情変更の原則の適用に関していえば、自然の地形を変更しゴルフ場を造成するゴルフ場経営会社は、特段の事情のない限りゴルフ場ののり面に崩壊が生じ得ることについて予見不可能であったとはいえず、また、これについて帰責事由がなかったということもできない。けだし、自然の地形に手を加えて建設されたかかる施設は、自然現象によるものであると人為的原因によるものであるとを問わず、将来にわたり災害の生ずる可能性を否定することはできず、これらの危険に対して防災措置を講ずべき必要の生ずることも全く予見し得ない事柄とはいえないからである。」

本件では、「本件ゴルフ場は自然の地形を変更して造成されたものでありA社がこのことを認識していたことは明らかであるところ、A社に右特段の事情が存在したことの主張立証もない本件においては、事情変更の原則の適用に当たっては、A社がゴルフ場におけるのり面の崩壊の発生について予見不可能であったとはいえず、また、帰責事由がなかったということもできない。そうすると、……事情変更の原則を本件に適用することはできない」。

【注】なお、本件については、藤田寿夫・私法判例リマックス（1998〈下〉）10頁以下参照。

2. 大阪地判平7年4月12日判タ887号221頁）。

【事案】不動産業者と準学校法人との間の平成2年9月28日になされた土地売買契約

【変更事由】本件契約の決済日平成5年12月27日までに、約3分の1という地価の下落

【判旨】地価の下落認められるとしても、その下落幅は売買契約における給付の等価性を破壊するほど著しいものとまでいえず、地価の暴落は予見しえないものであったなどの主張の諸事情を合わせ斟酌しても、契約を解除し全くの白紙の状態に戻してしまうことが信義誠実の原則によって要求されると評価するには足りないといわざる

を得ない。

3. 東高判平1年4月20日判時1313号131頁

【事案】売主にとり買替えのためである本件売買契約

【変更事由】目的土地付近の公示価格は昭和60年から61年までに5.7パーセント、同61年から62年までに28.4パーセントの上昇

【判旨】売主にとってかかる上昇はある程度予想しうる事態であり、売主が新住宅を購入することが必ずしも不可能であつたとはいえないのであるから、右売主に本契約の履行を求めることが過酷であると解することはできず、事情変更を理由とする解除の主張は容れることができない。

【注】なお、本件については、寺尾洋・平成元年度主要民事判例解説（判例タイムズ臨時増刊735）82～83頁参照

4. 東京地判平1年12月12日判タ731号196頁

【事案】新宿区内の店舗用区分所有建物につき2か年以内に1億5,000万円で売渡す旨の売買予約

【変更事由】売買予約されて約二年後、右建物産の取引価格が5億8,000万円と4倍弱に高騰

【判旨】約定代金額自体売主として予約完結権行使期間内の地価上昇をも見越して買主側に提示したというのであり、他に特段の事情がないから、買主が思わざる利益を得ることになるとしても、完結権の行使が信義則に反して許されないと解することはできない。

5. 東京地判平成2年12月20日判時1389号79頁

【事案】継続的な商品供給取引の過程において、売主において既に成約した個別契約の約旨に従って更に商品を供給したのではその代金の回収を実現できないことを懸念するに足りる合理的な理由があり、かつ担保提供など信用の不安を払拭するための措置をとることを求めたのに買主がこれに応じなかった

【判旨】取引上の信義則と公平の原則に照らして、売主は代金の回収の不安が解消すべき事由のない限り、先履行すべき商品の供給を拒絶することができるのであるから、売主が個別契約にかかる商品を納入期日に出荷・納入せず、以後の新たな取引を停止したことにはなんら違法性がない。

なお、判例評釈として、岩城謙二・法令ニュース26巻10号37～43頁、副田隆重・法学セミナー36巻10号120頁がある。

6. 神戸地裁伊丹支部判昭和63年12月26日判例時報1319号139頁

【事案】昭和41年に、土地貸借における賃貸人・賃借人の間でなされた、予約期間20年、代金を175万円、うち敷金50万円を代金に内入れ充当するものとする旨の、右土地売買の予約に基づいて、賃借人が昭和六一年に予約完結の意思表示をなした。

【変更事由】約20年後の予約完結意思表示には土地の時価は4,000万円に高騰していた

【判旨】1. かかる当時の一般人が予測しなかつた20数倍という価格高騰が生じていること、賃貸人が受取つた敷金は土地の更地価格の25パーセント余にとどまつており向こう20年間いかなる事情変更にもかかわらず右土地を125万円で賃借人に売渡すよう賃貸人を拘束する対価としては決して十分であるとはいえないことから、事情変更の原則を適用すべきである。

2. 事情変更の原則は、第一次的には内容の変更を主張する権利を認める程度にとどめるべきであつて、本件では右売買予約自体はこれを存続させたその内容となつていく代金額を適正な額にまで変更すれば足りると解されるから、右敷金についても更地時価の変動に比例して評価替して、時価4,000万円に125万÷175万を乗じた額をもって、売買代金の残額とするを相当とする。

7. 東京地判昭63年10月18日判時1319号125頁

【事案】広告・宣伝等を業とするA社とテレビ放送事業会社Bとの間の、Aが連続テレビ漫画映画を制作してこれをBに納入しYから半年間にわたり全国ネットで放送する旨の継続的契約。

【変更事由】電波料の支払方法等について紛争が生じ結局最初の1か月分放送したのみで以後放送中止となった。

【判旨】継続的契約にあって後日の協議にゆだねていた事項をめぐって当事者間に協議の余地がなくなった場合には、一方当事者が真摯に協議成立に向けて努力を重ねたにもかかわらず協議が不成立となつた場合であれば当該当事者は協議不成立を理由に将来に向かつて契約を解除することができると解すべきであるが、Aの信用不

安が原因となって支払条件についての協議が整わなかったことは契約を継続し難い特段の事情に当り Y としては契約を解除しうるものというべきであり、協議が不成立に終わったことにつき B に責めに帰すべき事由があつたと認めることもできないから、たとえ B の放送中止によつて A が多大の損害を受けたとしても Y の放送打ち切りをもつて信義則に反する解除権の行使であるということとはできないし、権利の濫用にも該当しない。

8. 東京高判昭和62年 6 月30日判時1243号34頁

【事案】借地権付建物の売買の予約につき、借地非訟の手續の難航・長期化

【変更事由】土地価格の高騰などによる事情の変更

【判旨】事情の変更に應じて代金額を合理的に修正することがまず検討されるべきであり、これを経ずしてたやすく予約の解除を認めることは当事者間の衡平を保つ所以でない。

【注】判例評釈として拙稿・ジュリスト919号86頁がある。

3. 「不安の抗弁」による解決

3.1. ドイツ民法321条の成立と趣旨

わが国においては、ドイツ民法321条のような規定を有しない^{*128}。ドイツ民法は^{*129}、「双務契約ニ基キ相手方ニ先チテ給付ヲ為スヘキ者ハ、相手方ノ財産状態カ契約締結後本質的ニ悪化シ之ニ因リテ反对給付ヲ受クルコト能ハザル虞アルトキハ、反对給付ノ実行ハ之ニ対スル担保ノ供与アル迄ハ自己ノ負担スル給付ヲ拒絶スルコトヲ得。」と定めている^{*130}。

その理由は「先給付義務を負う者は反对給付、いわゆる後給付を受くべきことが予定 (Voraussetzung) されているに他ならず契約締結後、反对給付義務者の資産状態に、重大なる危険を生ぜしむる事情が発生したる結果・前述の予定がその後に変更した時は、公平の要求により、先給付義務者は、その給付義務をまぬがれて、相手方の反对給付がなされて、また相手方が反对給付に対し、担保を供したる時に限り、これを認むべしとしなければならない」という^{*131}。このことは、ドイツ民法321条に限り、いわゆる事情変更の原則が認められたというように言われている^{*132}。現存するのは321条であるが、「契約締結の後」(nach des Abschlusse de Vertrages) という言葉が入っていた。これに対して、第2読会で補充・提案がなされ、契約締結時、契約締結前、この2つの場合においても、同様の考えを入れるべきであるというようなことが提案されたが、その際の議論を見ると、結局、そうした締結時、締結前においては「相手方に問い合わせ等、必要な事情を知るべきことは先給付義務者がなすべき事項であり、もし相手方が誤りたる報告、または、実際の状態をかくして、詐欺をなすべきときは、これを理由として救済しうる」また、「先給付義務者は、重大なる事情を自己の過失によって、知らざし時についても、その義務をまぬがれるとすることについては賛成できない」とする議論がなされ^{*133}、こうした区別はされなかった。

ドイツ民法制定当時においては、この事情変更原則約款については、非常にきびしい反対の態度であった^{*134}が、一定の場合において、これを認めるとの考えを、この条文において示したものといえる。

注

- *128 民法533条は、双務契約当事者の一方ハ相手方がその債務の履行を提供するまでは自己の債務の履行を拒むことができ、相手方の債務が弁済期にないときには此限ではないと規定する。この条文の成り立ちは、旧民法財産取得篇第47条4項の修正規定である。旧民法財産取得篇第47条4項は、「然レトモ買主カ代金弁済ニ付キ合意上ノ期間ヲ得サリシトキハ売主ハ其弁済ヲ受クルマテ売渡物ヲ留置スルコトヲ得」、さらに、「売主ハ代金弁済ノ為メ期間ヲ許シタルトキト雖モ買主カ売買後ニ破産シ若シクハ無資力ト為リ又ハ売買前ニ係ル無資力ヲ隠秘シタルトキハ尚ヲ引渡ヲ遅延スルコトヲ得」と定めている。本条はフランス法にならい、同時履行の抗弁という観念を持たず、フランス民法1612条以下と同様に留置権を与えるという構成を採用したものである。なお、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典』146頁参照。
- *129 柚木馨編・独逸民法〔Ⅱ〕現代外国法典叢書(2)債務法175頁参照。
- *130 条文は、ドイツ民法第1次草案においては存在しなかった。第1次草案の第2読会において、第1次草案の第365条（これは同時履行の抗弁の規定である）の次に付加すべきものとして、提案、追加されたものである。Jakobs/Schubert=Die Beratungdes BGB Rechtder Schuldverhältnisse. Fritz Oesterle; Die Leistung Zug um Zug” S.245ff.S.446ff, 勝本正晃『民法に於ける事情変更の原則』210頁以下参照。
- *131 Protokolle,II,Bd.1,S.631ff.
- *132 Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 2Aufl,1957,S.102.五十嵐清『契約と事情変更』81頁, 90頁, 133頁参照。
- *133 Prot,II,Bd.1,S.632f.
- *134 Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (1888) ,II,S.315.ここにおいては、決して、事情変更約款を拒否したものとは言えない。なぜならば、消費貸借の予約 (BGB § 610) について認めているからである。ただし、本条についての審議過程からみると、相当の抵抗があったと思われる。

3.2. 現行法の解釈と課題

3.2.1 要件について

ドイツ民法における「不安の抗弁」の要件は以下のようなものである^{*135}。

①相手方の財産状態の契約締結後における本質的悪化 (Wesentliche Verschlechterung) の生起, ならびに,

②反対給付請求権の危殆化の発生したこと, である。

これら要件に関して議論の主たる点は以下の三点である。すなわち,

(1)反対給付請求権を危ぶむ財産状態が契約締結時の段階で既に発生していた場合は本321条による解決をなしうるか、(2)締結時に、実は劣悪であったのだが、その後いっそう悪化したという場合に、もし反対給付請求権の期待化が生ずる場合、本条の適用があるか、(3)財産状態の悪化の判断はどのようにするのか、である。

3.2.2 問題点

(1)では、反対給付請求権を危ぶむ財産状態が契約締結時の段階で既に発生していた場合、321条の明文、起草過程での見解などを根拠に否定し、先給付義務者の保護については、錯誤取消、詐欺による取消、契約締結上の過失理論、不法行為理論などで対処するとする^{*136}。また、通説は、321条の類推適用を認め、先給付義務者の保護をはかるとし、錯誤取消などの適用を排斥するわけではなく、両者を選択

的競合の関係と捉える。他方で、信用不安が契約締結後に発覚した場合であっても同様に321条の適用を認める(通説)*137。さらに、不安の抗弁を認めて先給付義務を拒絶することは、この取消の場合と調和しないことを根拠として、積極的に、321条の準用を認めて錯誤取消を否定する見解がある*138

(2)では、通説は、契約締結時に実は劣悪であったのだが、その後いつそう悪化したという場合、もし反対給付請求権の危殆化が生ずれば、本条の適用がある。

(3)財産状態の悪化の判断については、積極、消極の財産の額の増減だけではないとする*139。したがって、質権等の担保、保証のような、反対給付がなされて、それによって満足を得ることが確実視されるような場合には、この321条は適用にならないことになる。

3.2.3 民法321条の効果

民法321条の効果は、履行の拒絶である。したがって、これによって当然に契約の解除ができるわけではない。ただし、ラーレンツはこれに対して、履行の拒絶だけでは結局売主を最終的に保護することにはならないとの理由から、最終的に契約の解除を与えるべきであるとの考えを示しているが*140、ドイツの通説はこの321条によって、当然、解除という効果が導き出されるものではない、とする。

さらに、「履行拒絶」という効果に基づいて、先履行義務者が、後履行義務者に対して、履行を求められるかは、321条を根拠に履行を求められると述べるものがある*141が、多数説等は、いわゆる、後履行義務の履行期が321条の適用を受けることによって、この履行期が前に来ることになり、それでは履行期が変動することと同じであり問題とする。そして、いわゆる履行を求められるという考えに対して否定的である。ただし、ドイツ民法がこうした321条の条文を有するもう一つの大きな理由は、わが国における動産の先取特権のような制度をドイツ民法は有しておらず、その点ではわが国より認める余地が大きいのではないかと思われる*142。

3.2.4 契約の解消という効果に関する議論

一時的取引において先給付義務者が給付拒絶＝後給付義務の弁済期が到来すると各給付は原則どおりと同時に履行の関係。継続的取引で先給付義務が課せられている場合は、後給付が先給付に依存しているから、先給付義務者の保護としては、反対給付との引換、ないしは担保の供与に要する相当期間の経過を待って先給付義務者に解除権(Rücktrittsrecht)が認められるとする*143。

注

*135 Larenz, Lehrbuch Des Schuldrechts.10Aufl Bd. I S.156. Soergel/Siebert, BGB Komm10.Aufl.S.379, BGB,179.Bd.2/Emmerich,S.802ff.なお、松井和彦「契約危殆」状態における履行確保(一) 修道法学20-1号参照。

*136 Enneccerus-Lehmann,S.144.Larenz,a.a.O.,S.156.

*137 Lindacher,DR 1977.80C;Staudingers Komm. § 321Nr.20=Münchener Komm. § 321Nr. 5.

*138 Flume,„Allgemeiner Teil des BGB. § 24 3b.

*139 Larenz,a.a.O.,S.156.

*140 Larenz,a.a.O.,S.156ff.

*141 Larenz,a.a.O.,S.156.

*142 神崎克郎「信用売買における不安の抗弁」神戸法学雑誌第16巻1・2号 456頁。

*143 Soergel-H.Wiedemann,BGB § =321,Nr.42.

3.3. ドイツ民法改正委員会最終報告書草案

3.3.1 改正条文とその理由

改正委員会最終報告書草案は、BGB § 321につき、以下のような改正条文を提案している。

1 双務契約に基づいて先履行義務を負う者は、相手方に給付能力がないためにその反対給付請求権の履行が危ぶまれることが契約締結後に明らかになったときはその義務の〔先〕履行を拒むことができる。反対給付がされ又はこれに対して担保を供したときは、履行拒絶権は消滅する。

2 先履行義務者は、相手方がその選択に従って先履行と引換えに反対給付をし、又は担保を供するための相当の期間を定めることができる。期間が経過した後は、先履行義務者は、契約を解除することができる。本草案323条は、この場合に準用する。

改正案の骨子は、

- (イ) 不安の抗弁の成立要件を拡張し、契約締結時における反対給付請求権の危殆化をも含め、
- (ロ) 先給付義務者の保護のために契約の解消を提示した。

すなわち、骨子(イ)については、不安の抗弁を主張できるための事実上の要件として、反対給付請求権の危殆化の時期を現行法より拡張した。このことは、従来の「事情変更の原則」より成立要件において拡大したと評価できる。

また、骨子(ロ)は、改正案は、先給付義務者が不安定な状況から免れるための積極的な手段として、先給付義務者は契約から解放され得るとする、ものである。

3.3.2 改正案に対する委員会の理解

①先給付権利者の財産関係につき先給付義務者に錯誤があった場合にも、委員会は錯誤取消の余地を認める。改正案は、先給付権利者の給付能力に対する後発的な危険性の他に、先給付義務者が権利者の給付能力を十分に調べたとしても知り得なかった原始的な危険性に対しても適用があるとする前提にある。これより、反対給付の危険性が契約締結後にerkennbarであることを必要とした。ただし、先給付義務が誤った認識の基で先給付を拒絶した過失ある錯誤のときは、損害賠償の請求につき考慮され得る。

②財産関係の悪化以外の原因による給付障害につき、現行法は、財産関係が悪化したことを要する。改正案では、必ずしも財産関係の悪化に限定していない。反対給付の危険性の例示＝財産関係の悪化の他に、輸出入の禁止、戦争事変、下請業者の倒産、履行に必要な協力者ないし債務者自身の病気による給付の欠落なども、改正案に言う「危ぶまれる」に含まれる。

③反対給付請求権が危ぶまれることを要する。先給付権利者が反対給付をしない恐れ（つまり契約違反が生じ得る可能性）があることにつき、正当事由がある場合であっても不安の抗弁を認める。

以上のドイツ民法改正論議とがわが国での議論ならびに裁判例の検討が必要であるが、この点は、後日の検討に委ねたい^{*144}。

注

*144 わが国の裁判例については、以前に検討した（拙稿「継続的商品取引と『不安の抗弁』の現代的課題」（『課題』と略す）明治大学短期大学紀要33号1頁以下）。その概略とその後の裁判例を紹介しておく。当初判例によると、継続的供給契約の当事者は、前の弁済期に属する債務履行の提供のないことを理由として、後の弁済期に属する自己の責務の履行を拒み得るとしたものがあつた（大判明治41年4月23日民録14輯477頁）。

最近の裁判例を整理すると、いずれも契約締結後の信用不安を問題にしている。

不安の抗弁を何らかの形で肯定する裁判例をその問題となった事由で整理すると、

①相手方の支払能力に対する財産上の信用不安の生起（最判昭37・12・13判タ140号127頁，東京地判昭58・3・3判時1087号101頁，東京高判昭62・3・30判時1236号75頁（なお、本件では相手方の不誠実も問題とする），東京地判平2・12・20判時1389号79頁），

②反対給付の実現可能性の不確実性の生起（仙台高判昭47・8・30判時689号79頁），

③当事者双方の経営状況の悪化の生起（福岡地裁小倉支部判昭56・12・24判時1050号105頁），がある。

3.4. 不安の抗弁権についての課題と展望（要件と効果試論）

前述のように初学説は、不安の抗弁が認められるための要件として必要であろうと考えているのはやはり、ドイツ民法321条を参考としているといえる。

不安の抗弁は、事情変更等の判例をみるとほとんど、客観的な事情が変更していても、ほとんど事情変更の原則の適用が肯定されないわが国の状況を考えると、それから、解除、信用が不安である場合についての判例上の解除が認められた事例が、ほとんどないこと、このような点から見て、もう少し、売主側の要件が加重されてもよいのではないか、というようにも考えられる。

以上から「不安の抗弁」を認めるか否かについての検討課題としては以下のようなものである。

一方当事者である後履行者の要件としての状況について、例えば、支払不能、支払停止等財産状態の極度の悪化、売買契約締結後の財産状態の悪化の程度をどのように法的に評価するのか。

他方、先履行義務者の要件として、①資産状態の事前調査をしていたか、信用供与に対する準備の必要性として）、②催告（信用・資産報告）必要性の有無、③担保提供の必要性の有無等が問題となる。それに付け加えるならば、それらの証明責任も新たな問題として生じられる。

さらに残された問題として、不安の抗弁の効果として、解除を主張できるかも問題となる^{*145}。

注

*145 渡辺佐平『金融論』1頁以下参照。

*145 筆者は以前にも述べたように（拙稿・前掲「課題」）否定的である。その理由は、いわゆる、今日の企業の取引というのが、大量の商品を供給して、それを取引先によって、売却する、という形での商品取引がなされている。それは、前述したように買主は、この商品を卸売等メーカー等から受け、それによってその物を売ることによって、自己の信用等を保管していく、ということも考えられるわけであるからである。なお、松井・前掲（二）修道法学第20巻2号563頁以下、特に639頁以下において、履行停止権が提示されている。筆者は、その根拠に疑

問はあるが、方向性として妥当と考える。

第3章 おわりに

法律行為は、当事者、目的、意思表示の存在により、成立し、その効力を生ずる。

「法律行為」は、そもそも、自己の意思に基づいた「要求」と「自己利益」、自己の「経済的」かつ「社会的目的」の実現のための法的手段である。そして、この「目的」を達成することを通してその使命を終わる。したがって、法律行為は、この当事者が意図したある「目的」の達成のための媒介手段にすぎない。しかも、目的の実現の達成は、外界の諸事実と関連する。すなわち、法律行為の基礎にあるのは、単に、当事者の意図（意思に適合した構造）のみならず、時間的・空間的な現実との関連なくしては成り立ち得ない。したがって、法律行為は、こうした様々な要因のいわば複合体である。

ところで、当事者が意図した諸々の目的と、外部の現実との関係が決して将来にわたって調和が保たれるという保証はない。なぜならば、こうした将来への見通しや、その現実との間に契約成立時の事情につき大きな間隙をもたらすかもしれないし、また、当事者が法律行為成立時には当事者にとり適性な評価をうけ、その形成に影響しなかった諸事情（法の改変、政策変更、当事者の地位等）が法律行為形成後に変化する場合もあるからである。

たしかに、契約は守らねばならない（Pacta Sunt Servanda）との格言は今日もなお重要である。しかし、それにもかかわらず、重大な利害の破壊が法律関係に影響し、それを無視することができない場合が生ずる。ドイツ民法学では、この重大な影響を生ずる法律行為の基礎を「行為基礎」と呼び、学説・判例においてこの概念の有用性につき争いがあるものの一般的には認められている^{*146}。わが国では、従来からこの問題領域に属する問題をいわゆる「事情変更」の問題として議論してきた。

たしかに、ドイツ法と、日本法とではこの問題に対する取り組みに違いがあるか否かも問題となる。しかし、この種の債権関係に関する議論の出発点と現状についてドイツ法を参考にしながら、わが国の学説の系譜をたどりつつ問題点を少しは明らかにできたのではないかと考えている。

注

*146 このことは、1992年公刊されたドイツ連邦司法省の「債務法改正委員会の最終報告案」（Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, Bundesanzeiger）において、第二章第三節「行為基礎の障害」として、条文化の提案がなされている。詳細は、下森定・岡孝編『ドイツ債務法改正委員会草案の検討』54頁以下（橋本担当）参照されたい。

（はしもと やすひろ）